

MASTER'S THESIS

De rol van het burgerlijk procesrecht tijdens een mediationtraject

Spelen de hoofdbeginselen van het burgerlijk procesrecht een rol voor een mediator gedurende een mediationtraject?

van de Brink, A.W.

Award date:
2020

Awarding institution:
Department of Private Law

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain.
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 05. May. 2023

Open Universiteit
www.ou.nl



De rol van het burgerlijk procesrecht tijdens een mediationtraject

Spelen de hoofdbeginselen van het burgerlijk procesrecht een rol voor een mediator
gedurende een mediationtraject?



Naam	:	*****
Student nummer	:	*****
Begeleider	:	Mw. mr. dr. M.L.H. Reumers
Examinator	:	Dhr. prof. mr. J.G.J. Rinkes
Aantal woorden	:	13.975
Inleverdatum	:	23 juni 2020

Inhoudsopgave

HOOFDSTUK 1 INLEIDING	4
§ 1.1 PROBLEEMSTELLING	4
§ 1.1.1 Aanleiding	4
§ 1.1.2 Centrale vraag	4
§ 1.1.2 Afbakening.....	5
§ 1.2 VERANTWOORDING.....	5
§ 1.3 LEESWIJZER.....	5
2. MEDIATION	6
§ 2.1 INLEIDING	6
§ 2.2 JURIDISCHE STAND VAN ZAKEN.....	6
§ 2.3 DEFINITIES.....	7
§ 2.3.1 Definitie mediation	7
§ 2.3.2 Definitie mediator.....	9
§ 2.4 MEDIATIONOVEREENKOMST	10
§ 2.5 KWALITEITEN MEDIATOR	12
§ 2.6 DEELCONCLUSIE.....	13
3. BEGINSELEN VAN HET BURGERLIJK PROCESRECHT	14
§ 3.1 INLEIDING.....	14
§ 3.2 BURGERLIJK PROCESRECHT	14
§ 3.3 BEGINSELEN.....	14
§ 3.3.1 Definitie beginsel	14
§ 3.3.2 Juridische waarde van een beginsel.....	15
§ 3.4 BEGINSELEN VAN HET BURGERLIJK PROCESRECHT	16
§ 3.4.1 Beginselen.....	16
§ 3.4.2 Doel beginselen.....	17
§ 3.4.3 Het beginsel van hoor en wederhoor.....	17
§ 3.4.4 Het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid.....	18
§ 3.4.5 Het beginsel van motivering van de beslissing	18
§ 3.4.6 Het beginsel van openbaarheid	19
§ 3.4.7 Het beginsel van de partijautonomie.....	19
§ 3.4.8 Het beginsel van een redelijke termijn.....	20
§ 3.4.9 Het beginsel van de goede procesorde	20
§ 3.5 DEELCONCLUSIE.....	21
4. MEDIATION EN DE BEGINSELEN VAN HET BURGERLIJK PROCESRECHT	22
§ 4.1 INLEIDING.....	22
§ 4.2 MEDIATION: WETBOEK VAN BURGERLIJKE RECHTSVORDERING & EVRM	22
§ 4.2.1 Mediation & Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.....	22
§ 4.2.2 Mediation & EVRM	23
§ 4.3 AANVULLENDE WET- EN REGELGEVING	23
§ 4.4 VERPLICHTINGEN MEDIATOR	27
§ 4.4.1 Het beginsel van hoor en wederhoor.....	28
§ 4.4.2 Het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid.....	29
§ 4.4.3 Het beginsel van openbaarheid	31
§ 4.4.4 Het beginsel van partijautonomie	32
§ 4.4.5 Het beginsel van motivering van de beslissing	34
§ 4.4.6 Het beginsel van een redelijke termijn.....	35
§ 4.5 MEDIATION EN HET ONGESCHREVEN BEGINSEL VAN DE GOEDE PROCESORDE	36
§ 4.6 DEELCONCLUSIE.....	37
5. CONCLUSIE	38
6. LITERATUURLIJST.....	41

7. OVERIGE BRONNEN	44
JURISPRUDENTIE.....	44
TUCHTCOMMISSIE VAN DE STICHTING TUCHTRECHTSpraak MEDIATORS	44
ELEKTRONISCHE BRONNEN	45
8. BIJLAGEN:	46
BIJLAGE 1: BRIEF TER BEANTWOORDING	47
BIJLAGE 2: MFN-GEDRAGSREGELS.....	49
BIJLAGE 3: MFN-REGLEMENT	55
BIJLAGE 4: MFN-MEDIATIONOVEREENKOMST.....	59

Hoofdstuk 1 Inleiding

§ 1.1 Probleemstelling

§ 1.1.1 Aanleiding

De overheid is al jaren bezig met het bevorderen van mediation in het burgerlijk procesrecht.¹ Ruziënde partijen moeten gestimuleerd worden om geschillen van privaatrechtelijke aard middels mediation op te lossen. Tijdens een mediationtraject tracht de mediator samen met de ruziënde partijen, zonder betrokkenheid van een rechter, tot een oplossing van het geschil te komen.²

De overheid is voornemens om mediation op te nemen in burgerlijk procesrecht.³

De overheid wil hierbij ook wet- en regelgeving ten aanzien van de verplichtingen van de mediator opstellen.⁴ De vraag is echter of wet- en regelgeving ten aanzien van de verplichtingen van de mediator noodzakelijk is.

Het burgerlijk procesrecht kent namelijk een aantal hoofdbeginselen. Zo geldt het beginsel van hoor en wederhoor.⁵ De beginselen van burgerlijk procesrecht lijken enkel betrekking te hebben op een rechter, daar in de betrokken wetsartikelen enkel 'de rechter' wordt genoemd.⁶ De mediator lijkt dus op basis van deze artikelen niet gebonden te zijn aan de hoofdbeginselen van het burgerlijk procesrecht.

De vraag is of een mediator daadwerkelijk niet verplicht is zich aan de hoofdbeginselen van het burgerlijk procesrecht te houden. Mogelijk kan men op basis van nationale en internationale wet- en regelgeving stellen dat de hoofdbeginselen van het burgerlijk procesrecht ook van toepassing zijn op een mediator gedurende een mediationtraject. Doel van het onderzoek was dan ook om te onderzoeken of een mediator gedurende een mediationtraject op basis van nationale en internationale wet- en regelgeving verplicht is zich aan de hoofdbeginselen van het burgerlijk procesrecht te houden zodat vastgesteld kon worden of wet- en regelgeving noodzakelijk is ten aanzien van de verplichtingen van de mediator.

§ 1.1.2 Centrale vraag

Bovenstaande heeft geleid tot de volgende centrale vraag:

'Is een mediator op basis van nationale en internationale wet- en regelgeving verplicht zich aan de hoofdbeginselen van burgerlijk procesrecht te houden gedurende een mediationtraject?'

¹ Zie o.a. Kamerstukken II 2012/13, 33723, 2, p. 2 & Kamerstukken II 2014/15, 33723, 10, p. 2-3.

² Kamerstukken II 2012/13, 33723, 3, p. 1-2.

³ Zie o.a. Kamerstukken II 2012/13, 33723, 1 & Kamerstukken II 2012/13, 33723, 2, p. 2 & Kamerstukken II 2013/14, 33723, 5 & Kamerstukken II 2014/15, 33723, 10, p. 2-3 & Kamerstukken II 2014/15, 33722, 24, p. 1 & bijlage 1, p. 2.

⁴ Zie bijv. art. 19 en 20 van conceptwetsvoorstel 2016 'Wet bevordering mediation' te vinden via <https://www.internetconsultatie.nl/wetmediation/details>.

⁵ Art. 19 Rv.

⁶ Zie bijv. art. 19 Rv en art. 20 Rv.

§ 1.1.2 Afbakening

Het onderzoek kent de volgende afbakeningen:

- het onderzoek beperkt zich tot mediationtrajecten waarbij sprake is van een geschil van privaatrechtelijke aard. Mediationtrajecten waarbij sprake is van een geschil van een bestuursrechtelijke of strafrechtelijke aard vragen vanwege hun specifieke eigenschappen, denk aan de rol van de overheid of het OM in zo'n traject, om een eigen onderzoek.
- het onderzoek beperkt zich inzake de nationale- en internationale wet- en regelgeving tot de Nederlandse wetgeving en het EVRM. Uit het onderzoek is namelijk gebleken dat de hoofdbeginselen van het burgerlijk procesrecht voortvloeien uit de Nederlandse wetgeving en het EVRM.

§ 1.2 Verantwoording

Het onderzoek betreft een vorm van normatieve rechtswetenschap, daar in het onderzoek een oordeel is geveld over de noodzakelijkheid van nieuwe wet- en regelgeving ten aanzien van de verplichtingen van een mediator.

Ter beantwoording van de centrale vraag zijn met name wet- en regelgeving, parlementaire stukken, jurisprudentie en vakgerelateerde tijdschriften geraadpleegd.

Tevens is gebruik gemaakt van juridische handboeken ter bestudering van de hoofdbeginselen van het burgerlijk procesrecht en de juridische kwalificatie van mediation. Informatie, niet zijnde wet- en/of regelgeving, is op juistheid gecontroleerd door toetsing aan het geldend recht. Hierbij is ook gekeken naar de herkomst en de strekking van de bronnen. Hierdoor is sprake van een onderzoek dat juridisch betrouwbaar is.

In dit onderzoek is ook de Mediatorsfederatie Nederland (hierna: de MfN) als bron gebruikt voor het inwinnen van informatie ten aanzien van de kwaliteiten van een mediator.

De MfN is een organisatie die zich inzet voor de ontwikkeling van het beroep van mediators.⁷ Zij bewaakt en bevordert de kwaliteit van de aangesloten mediators middels een register. Enkel mediators die aan bepaalde kwaliteitsvereisten voldoen, zijn opgenomen in het MfN-register.⁸ De MfN is mijns inziens voldoende betrouwbaar, daar de MfN is erkend door de Raad van de Rechtspraak.⁹

§ 1.3 Leeswijzer

Om de centrale vraag nauwkeurig te beantwoorden, is dit onderzoek onderverdeeld in hoofdstukken.

In hoofdstuk twee worden onder andere de begrippen 'mediation' en 'mediator' gedefinieerd. In hoofdstuk drie worden de beginselen van het burgerlijk procesrecht uitgewerkt waarna in hoofdstuk vier de analyse van dit onderzoek plaatsvindt aan de hand van de volgende vraag: 'In hoeverre is een mediator op basis van nationale en internationale wet- en regelgeving verplicht zich aan de hoofdbeginselen van burgerlijk procesrecht te houden gedurende een mediationtraject?'.

In hoofdstuk vijf is ten slotte de conclusie van dit onderzoek geschreven.

Indien in dit onderzoek wordt gesproken over 'partijen' wordt hiermee 'ruziënde partijen' bedoeld, tenzij uitdrukkelijk anders wordt vermeld.

⁷ <https://mediatorsfederatienederland.nl/wie-is-mfn/>. Laatst geraadpleegd op 28 januari 2020.

⁸ <https://mfregister.nl/login-registermediator/beroepsprofiel/>. Laatst geraadpleegd op 28 januari 2020.

⁹ <https://mfregister.nl/mfn-registermediator-worden/waarom-mfn-registermediator-worden/>. Laatst geraadpleegd op 28 januari 2020.

2. Mediation

§ 2.1 inleiding

In dit hoofdstuk wordt allereerst in § 2.2 de juridische stand van zaken ten aanzien van mediation uitgewerkt. Vervolgens worden in § 2.3 de begrippen 'mediation' en 'mediator' gedefinieerd zodat in het verdere onderzoek duidelijk is wat onder deze begrippen wordt verstaan. Daarna wordt in § 2.4 de mediationovereenkomst uitgewerkt waarna ten slotte in § 2.5 de kwaliteiten van een mediator uiteen worden gezet.

§ 2.2 Juridische stand van zaken

Op dit moment is mediation beperkt opgenomen in de Nederlandse wet. De Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken (hierna: Wet Implementatie) is de enige plek in het wetboek waar men op dit moment mediation kan vinden. Deze wet is ingesteld naar aanleiding van de richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken (hierna: Richtlijn).

Belangrijk om te vermelden is dat de Wet Implementatie en de Richtlijn betrekking hebben op grensoverschrijdende geschillen.¹⁰ Een grensoverschrijdend geschil is 'een geschil waarin ten minste één partij haar woonplaats in een andere lidstaat heeft dan de andere partij op het tijdstip waarop partijen onderling overeenkomen gebruik te maken van mediation nadat een geschil is ontstaan of partijen een voorstel van de rechter tot mediation aanvaarden'.¹¹ In dit onderzoek wordt uitgegaan van een geschil waarbij partijen in dezelfde lidstaat verblijven op voorgenoemde tijdstippen en dus geen sprake is van een grensoverschrijdend geschil. De Wet Implementatie en de Richtlijn zijn in het onderzoek dus niet direct van belang. Beiden worden wel geraadpleegd bij het definiëren van de begrippen 'mediation' en 'mediator'.

Naast de Wet Implementatie kent de Nederlandse wet geen andere plekken waarin mediation is opgenomen. De overheid is echter al enkele jaren bezig om mediation uitgebreider op te nemen in de Nederlandse wet, maar dit is tot op heden nog niet gelukt.¹² De overheid is momenteel bezig met het voorbereiden van een nieuw wetsvoorstel.¹³ Wanneer het voorstel openbaar wordt gemaakt, is onduidelijk.

Voor mediationtrajecten waarbij geen sprake is van een grensoverschrijdend geschil zijn dus nog geen concrete regels opgesteld in de Nederlandse wetgeving.

In dit hoofdstuk wordt dan ook op basis van andere bronnen informatie verschaft over de begrippen 'mediation' en 'mediator', aangezien in de Nederlandse wet deze informatie ontbreekt.

¹⁰Art. 1 lid 2 Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken & Art. 2 Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken.

¹¹ Art.2 lid 1 Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken & Art.1 Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken.

¹² Zie o.a. Kamerstukken II 2012/13, 33723, 1 & Kamerstukken II 2012/13, 33723, 2, p. 2 & Kamerstukken II 2013/14, 33723, 5 & Kamerstukken II 2014/15, 33723, 10, p. 2-3 & Kamerstukken II 2014/15, 33722, 24, p. 1.

¹³ Zie bijlage 1, p. 2.

§ 2.3 Definities

§ 2.3.1 Definitie mediation

Hoewel het woord ‘mediation’ in Nederland een gangbaar woord is, kent het woordenboek geen definitie van mediation.¹⁴ Voor de definitie van mediation moet dus verder gekeken worden.

In de Richtlijn en de Wet Implementatie wordt de volgende definitie van mediation gegeven: ‘een gestructureerde procedure, ongeacht de benaming, waarin twee of meer partijen bij een geschil zelf pogen om op vrijwillige basis met de hulp van een mediator hun geschil te schikken’.¹⁵ Op basis van deze definitie kan men stellen dat mediation een conflictoplossingsmethode is. De definitie spreekt immers over het schikken van een geschil waaruit opgemaakt kan worden dat er sprake is van een conflict welke partijen middels de schikkingsmethode willen oplossen. Een derde, de mediator, moet partijen hierbij gaan helpen. Later in het onderzoek wordt aandacht besteed aan de mediator.

In de voornoemde definitie wordt ook gesproken over vrijwilligheid van partijen. In mijn ogen is deze toevoeging in de definitie terecht. De vrijwilligheid van partijen is nodig om tot een schikking te komen. Willen partijen namelijk niet meewerken aan schikken, dan zal er ook geen schikking komen. Alle partijen moeten dus gedurende het schikken meewerken aan een oplossing.

De definitie uit de Richtlijn en de Wet Implementatie is mijns inziens echter niet volledig. In mijn ogen is meer verdieping in de definitie van mediation nodig. Voor de definitie van mediation moet daarom verder gekeken worden.

Mediation is ontstaan in de Verenigde Staten en Engeland, omdat men daar vindt dat de rechtspraak te duur en te tijdrovend is.¹⁶ Men wilde alternatieven voor de rechtspraak hebben en bedacht de Alternative Dispute Resolution (hierna: ADR).¹⁷ De ADR is een verzamelnaam voor alle conflictoplossingsmethoden die anders zijn dan de gang naar de rechter, waar onder andere mediation deel van uitmaakt.¹⁸ Op basis van deze informatie kan dus vastgesteld worden dat mediation een conflictoplossingsmethode is die anders is dan de gang naar de rechter.

Maar wat maakt mediation anders dan de gang naar de rechter?

Zoals blijkt uit de definitie uit de Richtlijn en de Wet Implementatie wordt tijdens mediation door partijen zelf gepoogd het geschil te schikken.¹⁹ Daarnaast heeft mediation als doel om vanuit de belangen van de betrokkenen te komen tot een gezamenlijk gedragen en voor ieder van de betrokkenen optimaal resultaat.²⁰ Dit is niet het geval bij rechtspraak.

Daar spreekt men namelijk doorgaans over een ‘winnaar’ en een ‘verliezer’ waardoor niet gesproken kan worden over een voor ieder van de betrokkenen optimaal resultaat. Een partij die een rechtszaak verliest, heeft namelijk niet haar optimale resultaat bereikt.

¹⁴ https://www.vandale.nl/gratis-woordenboek/nederlands/betekenis/mediation#.XihH_i3WA1I. Laatst geraadpleegd op 22 januari 2020.

¹⁵ Art. 3 sub a Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken & art. 1 sub b Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken.

¹⁶ Schonewille 2012, p. 35-36 & Stein e.a. 2011, p. 344.

¹⁷ Schonewille 2012, p. 35.

¹⁸ Schonewille 2012, p. 35. & Heemskerk e.a. 2015, p. 293

¹⁹ Art. 3 sub a Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken & art. 1 sub b Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken.

²⁰ Kamerstukken II 2012/13, 33723, 3, p. 2.

Op basis van de definitie van mediation uit de Richtlijn en de Wet Implementatie en het hiervoor genoemde doel van mediation kan geconcludeerd worden dat partijen gedurende mediation zelf tot een oplossing moeten komen voor het geschil. Er is geen derde die besluit hoe het geschil opgelost moet worden.

Daarmee verschilt mediation van rechtspraak. Bij de rechtspraak besluit immers de rechter hoe het geschil opgelost moet worden middels een uitspraak.²¹ Mediation verschilt hiermee ook van andere alternatieve conflictoplossingsmethoden, zoals arbitrage en bindend advies. Ook bij deze alternatieven bepaalt een derde hoe een geschil opgelost dient te worden.²² Hierbij moet aangevuld worden dat bij de rechtspraak de rechter partijen 'de gang op kan sturen' om te schikken.²³ Volgens Schonewille is het schikken gedurende een rechtszaak verschillend van het schikken gedurende een mediationtraject.²⁴

Bij het schikken in een mediationtraject komen enkel de juridische aspecten in beeld indien dit noodzakelijk is ten behoeve van de oplossing van het geschil. Gedurende een mediationtraject is meer aandacht voor de belangen, behoeften en emoties van partijen.²⁵

Bij het schikken gedurende een rechtszaak staan de juridische aspecten en standpunten centraal waarbij niet of nauwelijks aandacht wordt besteed aan de belangen, behoeften en emoties van partijen.²⁶ Tevens vindt bij een schikking gedurende een rechtszaak een onderhandeling plaats zonder een onafhankelijke en onpartijdige derde. De rechter houdt zich immers buiten de schikking, aangezien partijen zich 'op de gang' bevinden.

In de rechtspraak wordt door de rechter een uitspraak gedaan.²⁷ Hoe zit dat bij mediation? Mediation heeft als doel om de gemaakte afspraken vast te leggen in een vaststellingsovereenkomst.²⁸ Op basis van deze overeenkomst zijn partijen gebonden aan de gemaakte afspraken en kunnen zij de wederpartij aanspreken op haar verplichtingen.²⁹ Mochten partijen geen vaststellingsovereenkomst willen sluiten, dan spreekt men niet over mediation maar over bemiddeling of conflicthantering.³⁰

Op basis van bovenstaande informatie kan 'mediation' als volgt worden gedefinieerd: 'Een conflictoplossingsmethode waarbij partijen op vrijwillige basis door een derde worden geholpen om gezamenlijk tot een oplossing te komen voor een tussen hen bekend conflict waarbij naast de juridische aspecten ook de belangen, behoeften en emoties van partijen centraal staan met als uiteindelijke doel een vaststellingsovereenkomst te sluiten'.

²¹ Art. 112 lid 1 Grondwet jo. art. 116 Grondwet jo art. 2 RO.

²² Schonewille 2012, p. 60 – 61 & art. 1020 Rv.

²³ Art. 87 lid 2 sub c Rv.

²⁴ Schonewille 2012, p. 47.

²⁵ Schonewille 2012, p. 47.

²⁶ Schonewille 2012, p. 47.

²⁷ Zie bijv. art. 29 Rv & art. 229 Rv.

²⁸ Schonewille 2012, p. 29.

²⁹ Art. 7:900 BW.

³⁰ Schonewille 2012, p. 29.

§ 2.3.2 Definitie mediator

Zoals hiervoor beschreven, wordt tijdens een mediationtraject een derde, de mediator, ingeschakeld. De Richtlijn en de Wet Implementatie definiëren mediator als volgt: 'een derde die wordt verzocht op doeltreffende, onpartijdige en bekwame wijze een mediation te leiden, ongeacht de benaming of het beroep van die derde en ongeacht de wijze waarop deze is aangewezen of is aangezocht om de mediation te leiden'.³¹

Opvallend is het laatste gedeelte van de definitie, namelijk 'ongeacht de benaming of het beroep van die derde en ongeacht de wijze waarop deze is aangewezen of is aangezocht om de mediation te leiden'. Op basis van deze woorden kan men concluderen dat eenieder mediator kan zijn, daar een mediator geen benaming of beroep hoeft te hebben.

Het eerste gedeelte van de definitie geeft echter aan dat de mediator op doeltreffende, onpartijdige en bekwame wijze de mediation moet leiden. Op basis van deze woorden kan men zeggen dat een mediator wel enige kennis moet hebben. Zonder enige kennis over mediation is het immers lastig om een mediationtraject op doeltreffende, onpartijdige en bekwame wijze te leiden.

Wat in dit verband precies onder een doeltreffende, onpartijdige en bekwame wijze moet worden verstaan, wordt echter niet duidelijk gemaakt in de Richtlijn en de Wet Implementatie. Later in het onderzoek volgt mijn inzicht hierover.

Het eerste gedeelte van de voorgenoemde definitie geeft weer dat een mediator moet leiden. Het woordenboek definieert 'leiden' als volgt: 'een richting geven'.³²

'Richting geven' impliceert in mijn ogen dat een mediator de partijen begeleidt naar een oplossing en niet dat de mediator de oplossing van het geschil aandraagt.

Brenninkmeijer bevestigt deze gedachte. Hij omschrijft de werkzaamheden van een mediator namelijk als volgt: 'het begeleiden van de communicatie en onderhandelingen tussen de partijen'.³³

Het woordenboek definieert een mediator daarentegen als volgt: 'een professionele bemiddelaar'.³⁴ Een zeer beperkte definitie die mijns inziens niet goed is verwoord. Het woordenboek definieert 'bemiddelen' namelijk als volgt: 'tussen twee of meer partijen een overeenkomst tot stand brengen'.³⁵ Een bemiddelaar doet voorstellen en geeft aanbevelingen om een overeenkomst tot stand te brengen.³⁶

Een mediator houdt hier afstand van en is er enkel ter begeleiding van de communicatie en de onderhandelingen tussen de partijen.³⁷

Volgens Van der Veld focust een mediator zich op het proces en een bemiddelaar op de oplossing.³⁸ Een mediator is dus geen bemiddelaar.

Mijns inziens hoort het woord 'bemiddelaar' dan ook niet in de definitie van een mediator, zoals wel het geval is in de definitie die het woordenboek geeft aan het begrip 'mediator'.

³¹ Art. 3 sub b Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken & art. 1 sub b Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken.

³² <https://www.vandale.nl/gratis-woordenboek/nederlands/betekenis/leiden#.Xim4ii3WA1I>. Laatst geraadpleegd op 23 januari 2020.

³³ Brenninkmeijer 2013, p. 31.

³⁴ <https://www.vandale.nl/gratis-woordenboek/nederlands/betekenis/mediator#.Xim-Vi3WA1I>. Laatst geraadpleegd op 23 januari 2020.

³⁵ <https://www.vandale.nl/gratis-woordenboek/nederlands/betekenis/bemiddelen#.Xim4US3WA1I>. Laatst geraadpleegd op 23 januari 2020.

³⁶ Schonewiller 2012, p. 47.

³⁷ Brenninkmeijer 2013, p. 31 & Schonewille 2012, p. 201.

³⁸ Van der Veld 2012, p. 145.

Op basis van bovenstaande informatie kan ‘mediator’ als volgt worden gedefinieerd: ‘Een persoon die gedurende een mediationtraject de partijen begeleidt bij de communicatie en de onderhandelingen met als doel om de partijen zelf tot een oplossing van hun geschil te laten komen.’

§ 2.4 Mediationovereenkomst

Alvorens het mediationtraject start, wordt een mediationovereenkomst opgesteld en ondertekend door de partijen en de mediator.³⁹ Deze overeenkomst kan gezien worden als een overeenkomst tot opdracht zoals genoemd in artikel 7:400 BW.⁴⁰ In een mediationovereenkomst krijgt de mediator namelijk de opdracht om partijen te begeleiden gedurende het mediationtraject.⁴¹

Op grond van artikel 7:401 BW moet de opdrachtnemer, in dit geval de mediator, bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen.

In praktijk betekent dit dat een mediator moet handelen zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot, mediator, zou handelen.⁴² De opdrachtgever mag namelijk een bepaald niveau van bekwaamheid en inzet van de opdrachtnemer verwachten.⁴³

De vraag is wat men onder een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator verstaat. In de Nederlandse wet is hierop geen antwoord te vinden waardoor verder moet gekeken. Volgens de MfN mag van een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator ten minste worden verwacht dat hij de door de MfN opgestelde gedragsregels naleeft.⁴⁴

Daarnaast stelt de MfN dat integriteit een kernwaarde is van een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator en dat daarom van een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator mag worden verwacht dat hij de algemene sociale en ethische normen en waarden naleeft en handhaaft.⁴⁵ Concrete regels ten aanzien van de algemene sociale en ethische normen en waarden worden door het MfN echter niet gegeven in de MfN gedragsregels of andere MfN-reglementen zodat niet concreet omschreven kan worden aan welke ethische normen en waarden een mediator moet voldoen.

De tuchtcommissie van de MfN, welke klachten over MfN-mediators behandelt, geeft tevens geen duidelijke omschrijving van een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator.⁴⁶

Hoe de omschrijving van de MfN omtrent een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator toegepast moet worden in de praktijk is dus op dit moment niet vast te stellen, behalve dat de MfN- gedragsregels opgevolgd dienen te worden. Over de MfN-gedragsregels volgt meer informatie in §1.5.

Verbunt geeft terecht aan dat niet alle mediators zijn aangesloten bij de MfN en dus niet gebonden zijn aan de MfN-gedragsregels.⁴⁷ De vraag is dan ook aan welke gedragsregels niet MfN-mediators moeten voldoen om als redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator op te treden.

³⁹ Zie voorbeeld van een mediationovereenkomst in bijlage 4.

⁴⁰ Verbunt e.a. 2004, p. 39.

⁴¹ Zie art. 1 sub d van bijlage 4.

⁴² Klaassen e.a. 2019, zie nr. 113.

⁴³ Asser/Tjong Tjin Tai 2014, nr. 94 & Nijland 2019, nr. 1.

⁴⁴ Zie art. 1 van bijlage 2.

⁴⁵ Zie art. 1 van bijlage 2.

⁴⁶ <https://mfregister.nl/login-registermediator/klacht-mfn-registermediator/>. Laatst geraadpleegd op 30 januari 2020.

<https://mediationtuchtrecht.nl/uitspraken-stm/>. Laatst geraadpleegd 20 mei 2020.

⁴⁷ Verbunt e.a. 2004, p. 39.

Daarnaast geeft Verbunt terecht aan dat er beroepsoefenaars, zoals advocaten, zijn die regelmatig als mediator optreden.⁴⁸ Is een advocaat die als mediator optreedt gebonden aan de normen die gelden voor de uitoefening van een advocaat of is de advocaat-mediator gebonden aan de normen die gelden voor de uitoefening van een mediator?

Het is volgens Verbunt verdedigbaar dat indien de partijen een advocaat inschakelen vanwege zijn juridische kennis, partijen meer mogen verwachten van een advocaat-mediator dan van een mediator.⁴⁹

In een uitspraak uit 2012 lijkt de rechtbank de gedachte van Verbunt te bevestigen. Een accountant trad op als mediator waarna de vraag was ontstaan of hij wel als redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator was opgetreden gedurende het mediationtraject. De rechtbank beantwoordde deze vraag aan de hand van de normen geschreven door de beroepsorganisatie van accountants en niet op basis van de normen geschreven door de beroepsorganisatie van mediators.⁵⁰ Daarnaast oordeelde de rechtbank dat hoe meer deskundig een mediator is, hoe meer van een mediator verwacht mag worden ten aanzien van zijn deskundigheid.⁵¹

Meer jurisprudentie inzake een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator is niet beschikbaar. Wanneer een mediator redelijk bekwaam is en redelijk handelt, is dus vanuit de rechtspraak nog niet vast te stellen.

Bovenstaande geeft geen antwoord op de vraag wanneer sprake is een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator. Wet- en regelgeving en de rechtspraak geven namelijk geen direct antwoord op de vraag wat van een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator mag worden verwacht.

In mijn ogen mag van een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator in ieder geval worden verwacht dat hij oplossingsgericht te werk gaat. Uit de definitie van 'mediation' volgt immers dat gedurende een mediationtraject een derde, de mediator, helpt bij het vinden van een oplossing van een geschil.

Deze gedachte wordt bevestigd door de definitie van 'mediator' genoemd in de Richtlijn en de Wet Implementatie.⁵² Op basis van deze definitie moet een mediator namelijk doeltreffend te werk gaan. Een mediator moet dus een werkwijze hanteren waarmee het doel van het mediationtraject, het oplossen van het geschil, bereikt kan worden.

Daarnaast blijkt uit de definitie van 'mediator' genoemd in de Richtlijn en de Wet Implementatie dat een mediator in ieder geval onpartijdig moet zijn.⁵³ Een mediator behartigt dus de belangen van beide partijen en niet van één partij.

⁴⁸ Verbunt e.a. 2004, p. 39.

⁴⁹ Verbunt e.a. 2004, p. 39.

⁵⁰ Rechtbank Rotterdam, 12 september 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY3754, zie punt 4.1 en 4.3 – 4.5.

⁵¹ Rechtbank Rotterdam, 12 september 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY3754, zie punt 4.5.

⁵² Art. 3 sub b Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken & art. 1 sub b Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken.

⁵³ Art. 3 sub b Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken & art. 1 sub b Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken.

Daarnaast moet een mediator op basis van de definitie van 'mediator' genoemd in de Richtlijn en de Wet Implementatie op bekwame wijze te werk gaan.⁵⁴

Mijns inziens moet onder bekwame wijze worden verstaan dat de mediator zo te werk gaat dat hij over de juiste kennis en kwaliteiten beschikt om het doel van een mediationtraject te behalen, namelijk het geschil oplossen.

De kwaliteiten van een mediator worden in de volgende paragraaf behandeld.

Deze informatie moet laten zien hoe een mediator een mediationtraject succesvol kan afronden en dus doeltreffend en oplossingsgericht te werk kan gaan.

§ 2.5 Kwaliteiten mediator

Zoals blijkt uit § 2.4 is het lastig vast te stellen wat onder een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator moet worden verstaan op basis van de huidige wet- en regelgeving en beschikbare jurisprudentie.

Uit onderzoeken van Goldberg en Poitras blijkt echter wel dat een mediator over bepaalde kwaliteiten moet beschikken om een mediationtraject succesvol af te ronden.⁵⁵

Zo is het belangrijk dat partijen vertrouwen hebben in de mediator.⁵⁶ Om als mediator het vertrouwen van partijen te winnen, moet volgens de onderzoeken een mediator over de volgende kwaliteiten beschikken:⁵⁷

- Beheersing van procesvaardigheden,
- Uitleg kunnen geven over het mediationproces, en
- Onpartijdigheid uitstralen.

De MfN lijkt het eens te zijn de onderzoeken. De MfN heeft namelijk gedragsregels opgesteld die lijken te zijn gebaseerd op voornoemde onderzoeken.⁵⁸ Let op, enkel de MfN-mediators zijn gebonden aan deze gedragsregels.

Op basis van de MfN-gedragsregels moet een MfN-mediator onder andere:

- alleen een mediationopdracht aannemen wanneer hij over de nodige kwaliteiten beschikt om de mediationopdracht goed te laten verlopen,
- de partijen duidelijkheid verschaffen over het mediationproces
- het mediationproces bewaken,
- onpartijdig zijn en de partijautonomie waarborgen.

Deze gedragsregels lopen één op één met de kwaliteiten die volgens de onderzoeken een mediator moet hebben.

Naast de MfN zijn ook andere specialisten van mening dat een mediator bepaalde kwaliteiten moet hebben.⁵⁹

Volgens Schonewille moet elke mediator, wel of geen MfN-mediator, neutraal en onpartijdig zijn.⁶⁰ Een mediator moet geen vooroordelen hebben of eigen opvattingen laten meespelen, geen mening vormen over de partijen en zijn mening niet laten blijken. Daarnaast moet een mediator geen belangen hebben bij één van de partijen.⁶¹

⁵⁴ Art. 3 sub b Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken & art. 1 sub b Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken.

⁵⁵ Goldberg e.a. 2007, p. 414-415 & Poitras 2009, p. 323.

⁵⁶ Goldberg e.a. 2007, p. 414-415 & Poitras 2009, p. 323.

⁵⁷ Goldberg e.a. 2007, p. 414-415 & Poitras 2009, p. 323.

⁵⁸ https://mfregister.nl/content/uploads/sites/3/2019/12/Gedragsregels_MfN-registermediator.pdf. Laatst geraadpleegd op 28 januari 2020.

⁵⁹ Zie o.a. Schonewille 2012, p. 172 & Scheltema 2015, p. 41.

⁶⁰ Schonewille 2012, p. 172.

⁶¹ Schonewille 2012, p. 172.

§ 2.6 Deelconclusie

Geconcludeerd kan worden dat 'mediation' en 'mediator' als volgt gedefinieerd kunnen worden:

Mediation: 'Een conflictoplossingsmethode waarbij partijen op vrijwillige basis door een derde worden geholpen om gezamenlijk tot een oplossing te komen voor een tussen hen bekend conflict waarbij naast de juridische aspecten ook de belangen, behoeften en emoties van partijen centraal staan met als uiteindelijke doel een vaststellingsovereenkomst te sluiten'.

Mediator: 'Een persoon die gedurende een mediationtraject partijen begeleidt bij de communicatie en de onderhandelingen met als doel om partijen zelf tot een oplossing van hun geschil te laten komen.'

De huidige Nederlandse wet kent geen concrete regels ten aanzien van mediation en de mediator. De mediator is op basis van de mediationovereenkomst en art. 7:401 BW in beginsel wel verplicht om zich als een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator te gedragen. Wanneer een mediator hieraan voldoet is echter nog onduidelijk, daar onvoldoende informatie beschikbaar is.

Wel is duidelijk dat de kans op het succesvol afronden van een mediationtraject groter is indien de mediator: de procesvaardigheden van het mediationproces beheerst, uitleg geeft aan de partijen over het mediationproces, onpartijdig is en onpartijdigheid uitstraalt naar de partijen toe.

3. Beginselen van het burgerlijk procesrecht

§ 3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk is aandacht voor de beginselen van het burgerlijk procesrecht. Hierbij is allereerst in § 3.2 kort aandacht voor het begrip ‘burgerlijk procesrecht’. Daarna wordt in § 3.3 het begrip ‘beginsel’ uitgewerkt waarna ten slotte in § 3.4 de beginselen van het burgerlijk procesrecht worden uiteengezet.

§ 3.2 Burgerlijk procesrecht

Het burgerlijk procesrecht is het geheel van rechtsregels dat ziet op een burgerlijk geding.⁶² Onder een burgerlijk beding moet worden verstaan: ‘een proces waarbij een derde beslist over hoe een geschil van privaatrechtelijke aard opgelost moet worden of hoe een vraag van privaatrechtelijke aard beantwoord moet worden’.⁶³

De rechtsregels vertellen hoe een burgerlijk geding ingericht moet zijn en welke regels gelden gedurende het geding.⁶⁴

In dit onderzoek wordt niet dieper ingegaan op de rechtsregels aangaande het burgerlijk procesrecht. Het onderzoek focust zich immers op de beginselen van het burgerlijk procesrecht.

Het burgerlijk procesrecht bestaat naast rechtsregels ook uit beginselen.⁶⁵ In de volgende paragrafen worden de beginselen nader toegelicht.

§ 3.3 Beginselen

§ 3.3.1 Definitie beginsel

Volgens Van der Kwaak en Soeteman vertegenwoordigt een beginsel een bepaalde morele waarde die richting geeft in een oplossing voor een juridisch geschil of juridische vraag, indien de oplossing niet in de wet gevonden kan worden.⁶⁶ Het zijn morele waarden die door de maatschappij zo zijn aanvaard dat gedurende het oplossen van een juridisch geschil rekening gehouden moet worden met deze waarden.

Ook Vranken lijkt het eens te zijn met Van der Kwaak en Soeteman.⁶⁷ Vranken schrijft namelijk dat het recht niet enkel uit termen van sociaal gedrag en sociale praktijk bestaat, maar ook uit morele waarden. Deze morele waarden vertellen hoe men zedelijk en juridisch moet handelen.

Mijns inziens moet op basis van bovengenoemde informatie ‘beginsel’ als volgt worden gedefinieerd: ‘Een beginsel vertegenwoordigt een door de maatschappij aanvaarde morele waarde die richting moet geven in het antwoord op de vraag hoe men zedelijk en juridisch moet handelen, indien de wet deze vraag onvoldoende beantwoordt’.

⁶² Heemskerk 2015, p. 1 & Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016, nr. 7.

⁶³ Heemskerk 2015, p. 1. & Asser Procesrecht/Giesen 1 2015, nr. 9.

⁶⁴ Asser Procesrecht/Giesen 1 2015, nr. 9.

⁶⁵ Asser Procesrecht/Giesen 1 2015, nr. 8.

⁶⁶ Van der Kwaak 2015, p. 15 & Soeteman 2009, p. 1.

⁶⁷ Asser/Vranken Algemeen deel** 1995, nr. 132.

§ 3.3.2 Juridische waarde van een beginsel

Bij de vraag of een beginsel juridische waarde heeft, moet onderscheid worden gemaakt tussen een geschreven beginsel en een ongeschreven beginsel. Er zijn namelijk beginselen die in de wet zijn opgenomen zodat men op basis van die wetgeving gebonden is aan het beginsel. Zo staat in art. 19 Rv het beginsel van hoor en wederhoor omschreven zodat men op basis van art. 19 Rv gebonden is aan het beginsel. In dit geval spreekt men over een geschreven beginsel.

Er zijn ook ongeschreven beginselen. Dit zijn beginselen die niet zijn opgenomen in de wet maar wel behoren tot het ongeschreven recht.⁶⁸ Van ongeschreven recht is sprake: indien de norm in de maatschappij al een langere periode leidt tot eenzelfde gedragslijn én de norm door de maatschappij als bindend wordt ervaren.⁶⁹ Indien aan deze voorwaarden is voldaan, is sprake van zogenaamde gewoonterecht waaraan men juridisch is gebonden.⁷⁰

Dat geschreven en ongeschreven beginselen van het burgerlijk procesrecht juridisch bindend zijn, blijkt ook uit het feit dat bij een schending van een beginsel diegene die door de schending is benadeeld (hierna: de benadeelde) meerdere stappen kan ondernemen om de schending te laten herstellen of schadevergoeding te doen ontvangen.

Zo heeft de benadeelde het recht om in hoger beroep/cassatie te gaan zodat de hogere rechter de schending van het beginsel kan herstellen.⁷¹

Indien hoger beroep en cassatie niet (meer) mogelijk is, bestaat voor de benadeelde de mogelijkheid om de Staat aansprakelijk te stellen op basis van een onrechtmatige daad.⁷²

De Hoge Raad blijkt terughoudend te zijn met het toekennen van schadevergoeding, daar volgens de Hoge Raad niet elke schending van een geschreven en/of ongeschreven beginsel leidt tot een oneerlijk proces en daarmee ook niet elke schending van een beginsel leidt tot een onrechtmatige daad.⁷³ Om schadevergoeding toegewezen te krijgen, moet dus volgens de Hoge Raad aangetoond worden dat de schending van het beginsel heeft geleid tot een oneerlijk proces.

Indien het nationale recht geen uitkomsten meer biedt, bestaat voor de benadeelde onder omstandigheden de mogelijkheid om een klacht in te dienen tegen Nederland bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM).⁷⁴ Deze regeling geldt enkel in het geval het een schending betreft van een geschreven beginsel genoemd in het EVRM.⁷⁵ In het geval van het burgerlijk procesrecht zijn enkele beginselen genoemd in art. 6 lid 1 EVRM, zoals later in dit onderzoek zal blijken. Indien het EHRM een schending van een geschreven beginsel genoemd in art. 6 lid 1 EVRM heeft vastgesteld, kan het EHRM een vergoeding toekennen.⁷⁶

⁶⁸ Asser Procesrecht/Korthals & Groen 7 2015, nr. 121.

⁶⁹ Asser Procesrecht/Korthals & Groen 7 2015, nr. 121.

⁷⁰ Asser Procesrecht/Korthals & Groen 7 2015, nr. 121.

⁷¹ Zie bijv. art. 332 Rv & Asser Procesrecht/Giesen 1 2015, nr. 106.

⁷² Art. 6:162 BW & zie bijv. HR 3 december 1971, ECLI:NL:PHR:1971:AB6788.

⁷³ HR 3 december 1971, ECLI:NL:PHR:1971:AB6788, zie onder O aangaande de onderdelen I en II van het middel & Asser Procesrecht/Giesen 1 2015, nr. 118.

⁷⁴ Art. 34 EVRM jo. art. 35 EVRM.

⁷⁵ Art. 34 EVRM.

⁷⁶ Art. 41 EVRM.

Daarnaast moet Nederland ervoor zorgen dat de schending ongedaan wordt gemaakt.⁷⁷ Hierover kan het EHRM een advies geven.⁷⁸ Hier is Nederland echter niet aan gebonden, aangezien lidstaten van het EVRM vrij zijn in hun keuze in de middelen om schendingen van beginselen te herstellen.⁷⁹

Bovenstaande laat zien dat geschreven en ongeschreven beginselen juridisch bindend zijn. Wordt namelijk niet voldaan aan de beginselen, dan bestaat voor de benadeelde onder omstandigheden de mogelijkheid om de schending van een beginsel te laten herstellen of schadevergoeding te doen ontvangen.

§ 3.4 Beginselen van het burgerlijk procesrecht

§ 3.4.1 Beginselen

Het burgerlijk procesrecht kent de volgende hoofdbeginselen:⁸⁰

- het beginsel van hoor en wederhoor,⁸¹
- het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid,⁸²
- het beginsel van openbaarheid,⁸³
- het beginsel van partijautonomie, en⁸⁴
- het beginsel van motivering van de beslissing.⁸⁵

Alle hoofdbeginselen zijn terug te vinden in de wet en dus bindend voor alle procespartijen gedurende een proces, zoals beschreven in § 3.3.2.⁸⁶ In dit onderzoek worden bovenstaande hoofdbeginselen uitgewerkt.

Daarnaast worden twee andere beginselen in dit onderzoek uitgewerkt. Deze beginselen zijn geen hoofdbeginselen, maar dienen naar mijn mening toch uitgewerkt te worden in dit onderzoek. Het betreffen een tweetal beginselen die mijns van belang zijn voor een eerlijk proces, het doel van de beginselen van het burgerlijk procesrecht zoals later uit dit onderzoek zal blijken, zodat zij ook van relevant zijn voor het onderzoek.

Ik beperk mijn bespreking van de niet-hoofdbeginselen tot de volgende twee beginselen:

- het beginsel van een redelijke termijn,⁸⁷
- het beginsel van de goede procesorde.⁸⁸

Beide beginselen kunnen mogelijk van belang zijn voor een mediationtraject.

Een mediationtraject kent namelijk, net als een proces, een procedure welke niet eindeloos zou moeten voortduren. Beide voornoemde beginselen kunnen wellicht aanknopingspunten bieden ten aanzien van het (tijds)verloop zodat ook oneindige mediationtrajecten worden voorkomen.

⁷⁷ Asser Procesrecht/Giesen 1 2015, nr. 101.

⁷⁸ Asser Procesrecht/Giesen 1 2015, nr. 101.

⁷⁹ Asser Procesrecht/Giesen 1 2015, nr. 101.

⁸⁰ Heemskerk 2015, p. 7.

⁸¹ Art. 19 Rv & art. 6 lid 1 EVRM.

⁸² Art. 6 lid 1 EVRM.

⁸³ Art. 121 Grondwet jo. art. 27 Rv jo. art. 29 Rv & art. 6 lid 1 EVRM.

⁸⁴ Art. 23 Rv jo. 24 Rv.

⁸⁵ Art. 121 Grondwet jo. Art. 5 lid 1 RO jo. 30 Rv & art. 6 lid 1 EVRM.

⁸⁶ Zie hiervoor genoemde verwijzingen.

⁸⁷ Art. 6 lid 1 EVRM.

⁸⁸ Stein e.a. 2018, nr. 2.11 & Lindijer 2006, zie 8.3.1.

Het beginsel van een redelijke termijn is terug te vinden in de wet en daarmee juridisch bindend voor alle procespartijen gedurende een proces.

Het beginsel van de goede procesorde is niet opgenomen in de wet. Meer informatie over de juridische waarde van dit beginsel volgt tijdens het uitwerken van het beginsel. Hierna wordt in het onderzoek gesproken over de beginselen. Dit zijn de hoofdbeginselen én de twee hiervoor genoemde niet-hoofdbeginselen.

§ 3.4.2 Doel beginselen

Een aantal beginselen is terug te vinden in art. 6 lid 1 EVRM.⁸⁹ Deze beginselen moeten ertoe leiden dat burgers van de lidstaten te maken krijgen met een eerlijk proces bijvoorbeeld bij het vaststellen van burgerlijke rechten, zoals valt te lezen in het artikel.

Volgens Giesen geldt dit doel ook voor de beginselen die niet genoemd zijn in art. 6 lid 1 EVRM. Volgens hem moeten namelijk alle beginselen van het burgerlijk procesrecht leiden tot een eerlijk proces.⁹⁰

Hierna worden alle beginselen uitgewerkt waarbij aandacht is voor de volgende vraag: 'Draagt het beginsel bij aan een eerlijk proces?'. Met deze informatie wordt aangetoond dat beginselen kunnen bijdragen aan een eerlijk proces ten behoeve van het oplossen van een geschil van privaatrechtelijke aard, zoals bij een rechtszaak.

§ 3.4.3 Het beginsel van hoor en wederhoor

Gedurende een proces baseert een rechter zijn oordeel onder andere op de door partijen aangebrachte argumenten, zoals verderop zal blijken uit het beginsel van partijautonomie.⁹¹

Om een proces eerlijk te laten verlopen, is het dan ook gewenst om alle partijen de gelegenheid te geven om hun argumenten aan te dragen. Partijen moeten namelijk de gelegenheid krijgen om argumenten van de wederpartij te weerspreken om zo zichzelf te verdedigen en te voorkomen dat zij op basis van onjuiste feiten, genoemd in de argumenten van de wederpartij, oneerlijk wordt veroordeeld tot bijvoorbeeld het vergoeden van schade. Hierbij is het ook van belang dat beide partijen in gelijke mate hun standpunten mogen uiten zodat de procespartijen een gelijkwaardige positie hebben en gelijk worden behandeld.⁹² Deze regeling is opgenomen in het beginsel van hoor en wederhoor.

Op basis van dit beginsel dienen partijen namelijk in gelijke mate de gelegenheid te krijgen om gehoord te worden door de rechter, om zich op feiten en rechten te beroepen en om bewijs aan te leveren.⁹³ Op deze manier kan een partij haar eigen standpunt naar voren brengen en zichzelf verdedigen tegen onjuiste feiten.

Daarnaast moeten partijen op basis van dit beginsel een gelijkwaardige positie hebben en een gelijkwaardige behandeling krijgen, daar zij volgens dit beginsel in gelijke mate de gelegenheid moeten krijgen om hun standpunten te uiten.

Let wel, partijen moeten de gelegenheid krijgen om hun standpunten te uiten en zijn dus niet verplicht om gebruik te maken van deze gelegenheid.⁹⁴ Het is aan partijen om te bepalen of het uiten van hun standpunten noodzakelijk is voor het oordeel van de rechter.⁹⁵

⁸⁹ Beginsel van hoor en wederhoor, beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid, beginsel van openbaarheid, beginsel van motivering van de beslissing en het beginsel van een redelijke termijn.

⁹⁰ Asser Procesrecht/Giesen 1 2015, nr. 8.

⁹¹ Art. 23 Rv jo. art. 24 Rv.

⁹² Heemskerk 2015, p. 7.

⁹³ Heemskerk 2015, p. 7.

⁹⁴ Van Mierloo 2017, nr. 2.

⁹⁵ Van Mierloo 2017, nr. 2.

§ 3.4.4 Het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid

Zoals hiervoor beschreven dienen partijen voor een eerlijk proces een gelijkwaardige positie te hebben en gelijk te worden behandeld. Een rechter moet dus niet een partij bevoordelen. Er kan dan immers niet meer gesproken worden over een gelijkwaardige positie en gelijke behandeling van partijen.

Daarnaast is het van belang dat een rechter een oordeel velt zonder dat hij druk voelt van iets of iemand, oftewel een rechter moet onafhankelijk zijn, zodat wordt voorkomen dat hij druk voelt om een partij te bevoordelen.

Deze regeling is opgenomen in het beginsel van onafhankelijk en onpartijdigheid.

Op basis van dit beginsel moet een rechter oordelen zonder enige binding ten opzichte van partijen en de overheid en zonder dat zijn oordeel door een ander dan een in dezelfde zin onafhankelijke instantie kan worden gewijzigd.⁹⁶ Daarnaast moet de rechter onbevooroordeeld tegenover partijen en hun geschil staan.⁹⁷ Een rechter moet tevens op basis van dit beginsel zonder vooringenomenheid een beslissing nemen en de schijn van partijdigheid vermijden.⁹⁸

§ 3.4.5 Het beginsel van motivering van de beslissing

Gedurende een proces doet een rechter een uitspraak waarin wordt bepaald hoe een geschil opgelost moet worden en welke verplichtingen en/of rechten partijen hebben.

Voor een eerlijk proces is het noodzakelijk dat de beslissing weloverwogen wordt genomen zodat wordt voorkomen dat bijvoorbeeld een partij wordt bevoordeeld en dus geen sprake meer is van een gelijkwaardige positie en gelijkwaardige behandeling van partijen.

Door een rechter te dwingen om zijn beslissing te motiveren, wordt getracht te voorkomen dat een beslissing op basis van willekeur wordt genomen en dus sprake is van een oneerlijk proces. Door de motivering op te nemen in de uitspraak is tevens controleerbaar of de rechter zijn besluit weloverwogen heeft genomen.

Deze regeling is opgenomen in het beginsel van motivering van de beslissing.

Op basis van dit beginsel moet een oordeel van de rechter inzicht geven in de gedachtegang van de rechter, in de aanvaarding of verwerping van de aangedragen gronden, in de vaststelling van feiten en in de toepassing van de rechtsgronden.⁹⁹

Een rechter moet in zijn oordeel onderbouwen waarom hij standpunten verwerpt of aanvaardt zodat partijen kunnen controleren of de rechter alle ingebrachte standpunten heeft meegenomen in zijn oordeel.¹⁰⁰ Daarnaast moet de uitspraak door het beginsel van motivering van de beslissing controleerbaar zijn op deugdelijkheid.¹⁰¹

⁹⁶ Asser Procesrecht/Giesen 1 2015, nr. 219.

⁹⁷ Heemskerk 2015, p. 9.

⁹⁸ Heemskerk 2015, p. 9.

⁹⁹ Art. 121 Grondwet jo. Art. 5 lid 1 RO jo. 30 Rv & art.6 lid 1 EVRM & Heemskerk 2015, p. 10-11 & Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016, nr. 97.

¹⁰⁰ Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016, nr. 97.

¹⁰¹ Heemskerk 2015, p. 10-11.

§ 3.4.6 Het beginsel van openbaarheid

Het is voor een eerlijk proces wenselijk om zittingen en uitspraken in het openbaar te laten geschieden zodat gecontroleerd kan worden of gedurende het proces ook wordt voldaan aan de wet- en regelgeving en de beginselen.¹⁰²

Op deze manier wordt een eerlijk proces bevorderd, daar rechters niet ongezien een regel of beginsel kunnen schenden. Er vindt aldus een zekere controle door de maatschappij plaats. Deze regeling is opgenomen in het beginsel van openbaarheid. Op grond van dit beginsel moeten de zittingen voor iedereen toegankelijk zijn en moeten uitspraken door iedereen ingezien kunnen worden.¹⁰³

Op het beginsel van openbaarheid bestaan wel uitzonderingen. De rechter kan namelijk bepalen dat een proces ‘achter gesloten deuren’ plaatsvindt.¹⁰⁴ In dat geval mogen partijen geen uitlatingen doen over of documenten vrijgeven inzake het proces.¹⁰⁵

Een proces mag enkel achter gesloten deuren plaatsvinden, indien sprake is van een uitzondering genoemd in art. 27 lid 1 Rv.

Er zijn namelijk processen die vanwege uitzonderlijke belangen niet in het openbaar kunnen plaatsvinden, denk bijvoorbeeld aan processen waarbij één van de partijen minderjarig is.¹⁰⁶ Het gaat om uitzonderlijke gevallen zodat het aantal procedures achter gesloten deuren beperkt blijft.

Een proces is dus altijd openbaar tenzij sprake is van een gerechtvaardigde grond, namelijk een grond op basis van de uitzonderingen genoemd in de wet. De maatschappij kan rechters derhalve in beginsel controleren, tenzij sprake is van een uitzonderlijk geval.

§ 3.4.7 Het beginsel van de partijautonomie

Het is voor een eerlijk proces wenselijk om partijen zelf te laten bepalen wanneer en waarover geprocedeerd gaat worden.¹⁰⁷

Er ontstaan mogelijk ongewenste situaties, indien derden kunnen beslissen wanneer en waarover geprocedeerd gaat over worden. Partijen worden namelijk gedwongen kosten te maken en tijd te steken in het proces, terwijl zij hier niet om hebben gevraagd.

Partijen moeten zelf kunnen beslissen of zij tijd en geld willen steken in het oplossen van hun geschil.

Deze regeling is opgenomen in het beginsel van de partijautonomie.

Op basis van dit beginsel kunnen enkel partijen beslissen wanneer en waarover geprocedeerd gaat worden.¹⁰⁸ De eisende partij bepaalt in eerste instantie wanneer en waarover geprocedeerd gaat worden waarna de wederpartij de inhoud van het proces mede kan bepalen aan de hand van haar verweren en eventuele tegeneisen.¹⁰⁹

De rechter onderzoekt en beslist vervolgens het geschil op basis van hetgeen partijen naar voren hebben gebracht.¹¹⁰

¹⁰² Asser Procesrecht/Giesen 1 2015, nr. 339.

¹⁰³ Art. 121 Grondwet jo. art. 27 Rv jo. art. 29 Rv & art. 6 lid 1 EVRM & Asser Procesrecht/Giesen 1 2015, nr. 338.

¹⁰⁴ Art. 27 lid 1 Rv.

¹⁰⁵ Art. 27 jo. art. 28 Rv.

¹⁰⁶ Art. 27 sub lid 1 sub c Rv.

¹⁰⁷ Heemskerk 2015, p. 11-12.

¹⁰⁸ Heemskerk 2015, p. 11-12.

¹⁰⁹ Art. 23 Rv jo. art. 24 Rv & Heemskerk 2015, p. 11.

¹¹⁰ Art. 23 Rv jo. art. 24 Rv.

§ 3.4.8 Het beginsel van een redelijke termijn

Een proces brengt voor partijen onzekerheden met zich mee over hun rechten en plichten.

Moet een partij bijvoorbeeld schadevergoeding betalen aan haar wederpartij?

Voor een eerlijk proces is het daarom van belang dat partijen zo snel mogelijk weten waar zij aan toe zijn zodat zij geen onzekerheden meer hebben over hun rechten en plichten.¹¹¹

Partijen moeten weer zo snel mogelijk vrij kunnen bewegen zonder rekening te hoeven houden met de mogelijke uitkomsten van het proces.

Daarnaast brengt een proces kosten met zich mee, bijvoorbeeld proceskosten en advocaatkosten. Voor een eerlijk proces is het van belang dat een proces binnen een redelijke termijn wordt afgerond zodat onnodige kosten, ontstaan door een langdurig proces, worden voorkomen.

Deze regeling is opgenomen in het beginsel van een redelijke termijn. Volgens dit beginsel moet een rechter binnen een redelijke termijn een besluit nemen over een geschil.¹¹²

De vraag hoe die redelijke termijn precies wordt bepaald, valt buiten het bestek van dit onderzoek. Daartoe verwijs ik naar Asser.¹¹³ Het gaat erom dat een proces niet eindeloos mag voortduren.¹¹⁴

Het beginsel van een redelijke termijn is geen hoofdbeginsel. Dit beginsel is, zoals blijkt uit voornoemde informatie, echter wel van belang voor een eerlijk proces. Het beginsel van een redelijke termijn is daarom mijns inziens een goede aanvulling op de hoofdbeginselen, daar deze tezamen een eerlijk proces als doel hebben zoals beschreven in § 3.4.2.

§ 3.4.9 Het beginsel van de goede procesorde

Gedurende een proces kunnen procedurele onduidelijkheden ontstaan, die niet kunnen worden opgelost aan de hand van de wet en procesreglementen. Voor een eerlijk proces moeten deze onduidelijkheden weggenomen kunnen worden door de rechter zodat het proces binnen een redelijke termijn kan worden afgerond.¹¹⁵ Een rechter moet dan de wet en/of procesreglementen kunnen aanvullen zodat hij alsnog een besluit kan nemen en het proces voortgezet kan worden.¹¹⁶

Deze mogelijkheid is opgenomen in het beginsel van de goede procesorde. Dit beginsel betreft een ongeschreven beginsel van het burgerlijk procesrecht en wordt aangeduid als 'de eisen van een goede procesorde'.¹¹⁷

De eisen van een goede procesorde vormen een open norm zodat niet een eenduidige omschrijving gegeven kan worden.¹¹⁸ Het is aan de rechter om per geval te bekijken of aanvulling op de wet of een procesreglement noodzakelijk is.¹¹⁹

Zo oordeelde de Hoge Raad dat op basis van het beginsel van de goede procesorde een rapport dat is opgesteld door een anoniem persoon niet meegenomen mag worden in het oordeel, indien geen gelegenheid is gegeven om de anonieme rapporteur te verhoren.¹²⁰

¹¹¹ Asser Procesrecht/Giesen 1 2015, nr. 387.

¹¹² Art. 20 Rv & Asser Procesrecht/Giesen 1 2015, nr. 387.

¹¹³ Asser Procesrecht/Giesen 1 2015, nr. 388.

¹¹⁴ Asser Procesrecht/Giesen 1 2015, nr. 387.

¹¹⁵ Lindijer 2006, zie 4.5.

¹¹⁶ Lindijer 2006, zie 4.5.

¹¹⁷ Stein e.a. 2018, nr. 2.11 & Lindijer 2006, zie 8.3.1.

¹¹⁸ Lindijer 2006, zie 7.3.5.

¹¹⁹ Lindijer 2006, zie 4.5 en 7.3.5.

¹²⁰ HR 13 september 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0334, zie punt 3.3.

Het beginsel van de goede procesorde is geen hoofdbeginsel. Dit beginsel is, zoals blijkt uit voornoemde informatie, echter wel van belang voor een eerlijk proces. Het beginsel van de goede procesorde is daarom mijns inziens een goede aanvulling op de hoofdbeginselen, daar deze tezamen een eerlijk proces als doel hebben zoals beschreven in § 3.4.2.

§ 3.5 Deelconclusie

Geconcludeerd kan worden dat het burgerlijk procesrecht het geheel is van rechtsregels dat ziet op een burgerlijk geding, oftewel een proces waarbij een derde beslist over hoe een geschil van privaatrechtelijke aard opgelost moet worden of hoe een vraag van privaatrechtelijke aard van partijen beantwoord moet worden’.

Het burgerlijk procesrecht bestaat uit rechtsregels en beginselen. Een beginsel vertegenwoordigt een door de maatschappij aanvaarde morele waarde die richting moet geven in het antwoord op de vraag hoe men zedelijk en juridisch moet handelen, indien de wet deze vraag onvoldoende beantwoordt.

Een beginsel is juridisch bindend, indien het beginsel in de wet is opgenomen of het beginsel in de maatschappij al een langere periode leidt tot eenzelfde gedragslijn én het beginsel als bindend wordt ervaren door de maatschappij waardoor het beginsel tot het gewoonterecht kan worden gerekend.

Bij een schending van een beginsel kan de benadeelde stappen ondernemen om de schending te laten herstellen of schadevergoeding te doen ontvangen.

Het burgerlijk procesrecht kent de volgende juridisch bindende hoofdbeginselen: het beginsel van hoor en wederhoor, het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid, het beginsel van openbaarheid, het beginsel van partijautonomie en het beginsel van motivering van de beslissing.

Daarnaast zijn in het onderzoek het beginsel van een redelijke termijn en het beginsel van de goede procesorde uitgewerkt, omdat zij mijns inziens tevens van belang zijn bij een eerlijk proces. Alle beginselen moeten zorgen voor een eerlijk proces. In dit hoofdstuk ben ik tot de conclusie gekomen dat alle beginselen bijdragen aan een eerlijk proces.

4. Mediation en de beginselen van het burgerlijk procesrecht

§ 4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk vindt de analyse van dit onderzoek plaats. In § 4.2 wordt onderzocht in hoeverre een mediator op basis van nationale en internationale wet- en regelgeving gebonden is aan de beginselen van het burgerlijk procesrecht.

Vervolgens wordt vanaf § 4.3 geoordeeld in hoeverre nieuwe wet- en regelgeving ten aanzien van de verplichtingen van de mediator gedurende een mediationstraject noodzakelijk is. In § 4.5 staat het beginsel van de goede procesorde centraal.

§ 4.2 Mediation: Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering & EVRM

De geschreven beginselen van het burgerlijk procesrecht zijn, zoals blijkt uit hoofdstuk drie van dit onderzoek, opgenomen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en art. 6 lid 1 EVRM.

In § 4.2 wordt onderzocht of een mediator op basis van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en art. 6 lid 1 EVRM gebonden is aan de beginselen die zijn opgenomen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en art. 6 lid 1 EVRM.

§ 4.2.1 Mediation & Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering

Enkele beginselen van het burgerlijk procesrecht zijn opgenomen in artikelen genoemd in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.¹²¹

Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, bestaande uit vier boeken, ziet op procedures waarbij een derde een bindend besluit neemt over een geschil. De eerste drie boeken zien namelijk op de procedure waarbij de rechtbank, het gerechtshof of de Hoge Raad een bindend besluit neemt over een geschil. Het vierde boek ziet tevens op een situatie waarbij een derde een bindend besluit neemt over een geschil, namelijk de arbiter.¹²²

Mediation wordt gekenmerkt door het feit dat de partijen zelf pogen hun geschil te schikken.¹²³ Alle partijen besluiten dus zelf hoe zij het geschil gaan oplossen en niet een derde zoals een rechter of arbiter. De ingeschakelde derde, de mediator, is er enkel ter begeleiding van de communicatie en de onderhandelingen tussen partijen.¹²⁴ Een mediator mag hierbij geen mening hebben, geen aanbevelingen geven en voorstellen doen, daar hij geen bemiddelaar is, laat staan dat hij bindende besluiten mag nemen over hoe een geschil opgelost moet worden.¹²⁵

Kortom, mediation wordt niet geregeld in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering daar de mediator geen bindende besluiten neemt. Daarmee kan tevens worden geconcludeerd dat een mediator op basis van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering niet gebonden is aan de beginselen die zijn genoemd in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

¹²¹ Het beginsel van hoor en wederhoor, het beginsel van openbaarheid, het beginsel van partijautonomie, het beginsel van motivering van de beslissing en het beginsel van een redelijke termijn.

¹²² Zie vanaf art. 1020 Rv.

¹²³ Art. 1 sub b Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken.

¹²⁴ Brenninkmeijer 2013, p. 31 & Schonewille 2012, p. 201.

¹²⁵ Brenninkmeijer 2013, p. 31 & Schonewille 2012, p. 201.

§ 4.2.2 Mediation & EVRM

Diverse beginselen van het burgerlijk procesrecht die niet als zodanig in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zijn opgenomen, worden genoemd in art. 6 lid 1 EVRM.¹²⁶

Art. 6 lid 1 EVRM spreekt over het recht op een eerlijk proces waarbij de burgerlijke rechten en/of plichten door een gerecht worden vastgesteld.¹²⁷

Volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens wordt een gerecht als bedoeld in art. 6 lid 1 EVRM gekenmerkt door zijn gerechtelijke functie, dat wil zeggen dat een gerecht op een voorgeschreven procedure een besluit kan nemen over rechten en/of plichten op basis van wetsregels.¹²⁸

Het gerecht hoeft geen klassieke vorm van een gerecht te zijn, zoals een rechtbank, mits aan een aantal voorwaarden is voldaan.¹²⁹ Eén van de voorwaarden is dat het gerecht de bevoegdheid heeft om bindende besluiten te nemen.¹³⁰

Een gerecht dient naast een gerechtelijke functie ook bij wet ingesteld te zijn.¹³¹ Enkel de wetgevende macht mag een gerecht bij wet instellen zodat wordt voorkomen dat een gerecht te veel afhankelijk wordt van de discretie van een uitvoerende macht.¹³²

Dan is de vraag of een mediator binnen de reikwijdte van art. 6 lid 1 EVRM valt.

Mijns inziens niet. Een mediator is geen gerecht daar hij geen bindende besluiten neemt over de oplossing van het geschil, zoals hiervoor besproken.¹³³ Bovendien is een mediator niet bij wet aangewezen. In Nederland zijn namelijk enkel de rechtbanken, de gerechtshoven en de Hoge Raad bij wet ingesteld.¹³⁴

Kortom, een mediator valt buiten de reikwijdte van art. 6 lid 1 EVRM en is daarmee mijns inziens niet gebonden aan de beginselen die zijn genoemd in art. 6 lid 1 EVRM.

§ 4.3 Aanvullende wet- en regelgeving

Zoals hiervoor beschreven is een mediator op basis van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en art. 6 lid 1 EVRM gedurende een mediationstraject niet gebonden aan de beginselen van het burgerlijk procesrecht. Maar betekent dit dat een mediator helemaal niet gebonden is aan verplichtingen die vergelijkbaar zijn met de verplichtingen voor een rechter genoemd in een beginsel van het burgerlijk procesrecht? Hoeft een mediator bijvoorbeeld niet onafhankelijk en onpartijdig te zijn?

Mijns inziens kan dit niet zo worden geconcludeerd. Een mediator moet namelijk op basis van de mediationovereenkomst in combinatie met art. 7:401 BW handelen zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator zou handelen.¹³⁵

Dan ontstaat de vraag of een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator gebonden is aan de verplichtingen die vergelijkbaar zijn met de verplichtingen genoemd in de beginselen van het burgerlijk procesrecht.

¹²⁶ Het beginsel van hoor en wederhoor, het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid, het beginsel van openbaarheid, het beginsel van motivering van de beslissing en het beginsel van een redelijke termijn.

¹²⁷ Zie art. 6 lid 1 EVRM eerste zin.

¹²⁸ EHRM 29 april 1988, nr. 10328/83, zie punt 64.

¹²⁹ EHRM 23 oktober 1985, nr. 8848/80, zie punten 40 en 43.

¹³⁰ EHRM 23 oktober 1985, nr. 8848/80, zie punten 40 en 43.

¹³¹ Art. 6 lid 1 EVR, eerste zin.

¹³² EHRM 7 september 2017, nr. 40562/12, zie punt. 98.

¹³³ Brenninkmeijer 2013, p. 31 & Schonewille 2012, p. 201.

¹³⁴ Art. 116 Grondwet jo. art. 2 RO.

¹³⁵ Klaassen e.a. 2019, zie nr. 113.

Uit hoofdstuk één van dit onderzoek blijkt dat op basis van de huidige wet- en regelgeving en beschikbare jurisprudentie het nog altijd onduidelijk is wat onder een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator moet worden verstaan.

Daarmee is het ook onduidelijk of een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator zich heeft te houden aan de verplichtingen die vergelijkbaar zijn met de verplichtingen genoemd in de beginselen van het burgerlijk procesrecht, zoals de verplichting om onafhankelijk en onpartijdig te handelen genoemd in het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid.¹³⁶

Mijns inziens is het dan ook wenselijk om aanvullende wet- en regelgeving op te stellen ten aanzien van de verplichtingen van de mediator gedurende een mediationtraject zodat duidelijk wordt aan welke verplichtingen een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator moet voldoen. Deze duidelijkheid is om twee redenen wenselijk.

De eerste reden is dat duidelijkheid omtrent de verplichtingen van een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator ervoor moet zorgen dat ruziënde partijen meer gebruik gaat maken van mediation.

Het stimuleren van mediation is van belang om de werkdruk bij rechters te verminderen en de Nederlandse economie te verbeteren.¹³⁷ Door het meer gebruik maken van mediation vinden er immers minder rechtszaken plaats en worden minder kosten gemaakt aangezien mediationtrajecten doorgaans minder geld kosten dan rechtszaken.¹³⁸

Momenteel is het voor ruziënde partijen onvoldoende concreet wat zij van een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator kunnen verwachten waardoor zij mogelijk kiezen voor de rechtspraak in plaats van mediation.¹³⁹ Voor rechters zijn immers wel regels opgesteld waar zij gedurende een rechtszaak aan moeten voldoen zodat het voor ruziënde partijen duidelijker is wat zij kunnen verwachten van een rechter gedurende een rechtszaak.¹⁴⁰

De verwachting is dat meer ruziënde partijen gebruik gaan maken van mediation, indien meer duidelijkheid wordt verschaft over de verplichtingen van de mediator gedurende een mediationtraject.¹⁴¹

De tweede reden is dat duidelijkheid omtrent de verplichtingen van een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator ervoor moet zorgen dat het voor deelnemers van mediationtrajecten duidelijk is wanneer een mediator wel of niet de mediationovereenkomst nakomt.

Een mediator komt immers de mediationovereenkomst niet na, indien hij niet heeft gehandeld zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator zou handelen.¹⁴²

Het niet nakomen van een mediationovereenkomst betekent dat de mediator op basis van art. 6:74 BW in beginsel schadeplichtig is jegens de deelnemers van het mediationtraject.¹⁴³

Zo is een mediator schadeplichtig jegens de deelnemers van mediationtrajecten indien hij onvoldoende rekening houdt met tijdelijke omstandigheden, omdat hij daarmee ondeskundig heeft gehandeld.¹⁴⁴

¹³⁶ Art. 6 lid 1 EVRM & Heemskerk 2015, p. 9.

¹³⁷ Kamerstukken II 2014/15, 33722, 8, p. 2, 7 en 8 & Kamerstukken II 2012/13, 33723, 3, p. 1.

¹³⁸ Kamerstukken II 2014/15, 33722, 8, p. 2, 7 en 8 & Kamerstukken II 2012/13, 33723, 3, p. 1.

¹³⁹ Kamerstukken II 2012/13, 33723, 3, p. 1.

¹⁴⁰ Zie bijv. art. 19 Rv & art. 6 lid 1 EVRM.

¹⁴¹ Kamerstukken II 2012/13, 33723, 3, p. 1.

¹⁴² Art. 7:401 BW jo. art. 6:74 BW & Klaasen e.a. 2019, zie punt 18.5.

¹⁴³ Klaasen e.a. 2019, zie punt 18.5.

¹⁴⁴ Rechtbank Rotterdam, 12 september 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY3754, zie punt 4.6.

Op basis van de huidige wet- en regelgeving en beschikbare jurisprudentie is het onvoldoende vast te stellen wanneer een mediator wel of niet handelt zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator zou handelen. Daarmee is het tevens moeilijk vast te stellen wanneer een mediator de gesloten mediationovereenkomst wel of niet nakomt. Aanvullende wet- en regelgeving moet meer duidelijkheid verschaffen over wanneer een mediator wel of niet de mediationovereenkomst nakomt en dus wel of niet in beginsel schadeplichtig is jegens de deelnemers van een mediationtraject.

Dan luidt de volgende vraag: 'Waar in de wet dienen de verplichtingen van de mediator gedurende een mediationtraject opgenomen te worden?'

Alvorens duidelijkheid wordt verschaft over de verplichtingen van een mediator is het mijns inziens wenselijk om de definities van 'mediation' en 'mediationovereenkomst' op te nemen in de aanvullende wet- en regelgeving. Volgens minister Van der Steur wordt het begrip 'mediation' een containerbegrip en gebruiken mensen het begrip 'mediation' voor uiteenlopende diensten.¹⁴⁵

Het is dan ook wenselijk om definities van 'mediation' en 'mediationovereenkomst' op te nemen in de wet zodat voor iedereen duidelijk is wanneer en welke regels ten aanzien van mediation gelden. Hiermee moet ook voorkomen worden dat het begrip 'mediation' ten onrechte wordt gebruikt voor uiteenlopende diensten.

Het is niet ongebruikelijk om een specifieke vorm van een overeenkomst tot opdracht, zoals een mediationovereenkomst betreft, te definiëren in boek 7 onder titel 7 van het Burgerlijk Wetboek. Zie bijvoorbeeld art. 7:414 BW waarin de lastgeving wordt gedefinieerd.¹⁴⁶

Na de definities van 'mediation' en 'mediationovereenkomst' moeten mijns inziens de verplichtingen van de mediator worden opgenomen in Boek 7 onder titel 7 van het Burgerlijk Wetboek.

Zoals hiervoor omschreven moeten de verplichtingen van een mediator duidelijkheid geven over wanneer een mediator handelt zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator zou handelen, oftewel wanneer voldoet een mediator aan art. 7:401 BW.

Het is dan ook het meest logisch om de aanvullende wet- en regelgeving ten aanzien van de verplichtingen van de mediator op te nemen in hetzelfde boek, namelijk in boek 7 onder titel 7 van het Burgerlijk Wetboek. Artikel 7:401 BW en de aanvullende wet- en regelgeving zijn daarmee samen op één plek te vinden.

Ook dit is niet ongebruikelijk zoals valt te zien in art. 7:416 e.v. BW, genoemd in boek 7 onder titel 7 van het Burgerlijk Wetboek. In art. 7:416 e.v. BW worden namelijk de verplichtingen van de lasthebber, diegene die net als een mediator een opdracht krijgt, opgesomd.

¹⁴⁵ Kamerstukken II 2012/13, 33723, 3, p. 2.

¹⁴⁶ Art. 7:414 lid 1 BW jo. art. 7:400 BW

Dan is de vraag hoe de verplichtingen van de mediator gedurende een mediationtraject moeten gaan luiden?

Mijns inziens is het belangrijk om de mediator, ondanks de verplichtingen, enige vrijheid te geven zodat hij per mediationtraject kan beoordelen welke werkwijze het meest geschikt is om het geschil tussen de partijen op te lossen.

Zo is het niet wenselijk om de volgende verplichting in de wet op te nemen: 'De mediator moet binnen twee maanden na ondertekening van de mediationovereenkomst het bekende geschil opgelost hebben.' Het ene geschil kan immers opgelost worden in twee weken tijd omdat partijen het grotendeels al met elkaar eens zijn, terwijl bij een ander geschil meer dan twee maanden de tijd nodig is omdat partijen het lange tijd niet met elkaar eens zijn tijdens het traject. Kortom, per geschil moet bekeken worden binnen welk termijn het geschil opgelost moet kunnen zijn.

In mijn ogen dienen de verplichtingen van de mediator daarom dezelfde vorm te krijgen als de verplichtingen die voortvloeien uit de beginselen van het burgerlijk procesrecht, zoals 'De mediator waakt voor onredelijke vertraging'.

De verplichtingen die voortvloeien uit de beginselen van het burgerlijk procesrecht vertegenwoordigen namelijk een morele waarde waar rekening mee gehouden moet worden gedurende een proces, zoals gelijkwaardigheid van de partijen.

Met het opstellen van de verplichtingen die vergelijkbaar zijn met de verplichtingen genoemd in de beginselen van het burgerlijk procesrecht wordt bewerkstelligd dat een mediator enige vorm van vrijheid krijgt om te kunnen beoordelen welke werkwijze het meest geschikt is om het geschil tussen de partijen op te lossen. Tegelijkertijd wordt hiermee bewerkstelligd dat een mediator gedurende een mediationtraject rekening moet houden met bepaalde morele waarden en dus niet geheel vrij is.

Hiermee wordt het uiteindelijke doel van de aanvullende wet- en regelgeving om duidelijkheid te geven over de verplichtingen van een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator mijns inziens gehaald. Zo weten de deelnemers van mediationtrajecten dat een mediator op basis van voornoemde voorbeeld moet waken voor een onredelijke vertraging. Deelnemers van mediationtrajecten kunnen dus verwachten dat een mediationtraject niet oneindig voortduurt, aangezien een mediator hiervoor moet waken.

Brink bevestigt de gedachte dat de verplichtingen van de mediator met kernwaarden in de wet opgenomen moeten worden.¹⁴⁷ Volgens hem is het belangrijk om de kernwaarden van mediation in de wet op te nemen, omdat mediators die verschillende opvattingen hebben over de werkwijze wel dezelfde kernwaarden moeten hebben om zo de deelnemers van mediationtrajecten duidelijkheid te verschaffen over de kwaliteiten van mediators.

Kortom, de verplichtingen van de mediator dienen, net als verplichtingen die voortvloeien uit de beginselen van het burgerlijk procesrecht, bepaalde morele waarden te vertegenwoordigen waar gedurende een mediationtraject rekening mee gehouden moet worden.

¹⁴⁷ Brink *NJB* 2013/1858, p. 1860.

§ 4.4 Verplichtingen mediator

Hiervoor heb ik geoordeeld dat mijns inziens aanvullende wet- en regelgeving nodig is ten aanzien van de verplichtingen van een mediator om het begrip ‘redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator’ te verduidelijken. Daarbij heb ik tevens geconcludeerd dat deze verplichtingen, net als bij de verplichtingen genoemd in de beginselen van het burgerlijk procesrecht, bepaalde morele waarden moeten vertegenwoordigen waar gedurende een mediationtraject rekening mee gehouden moet worden.

Maar welke morele waarden moeten vertegenwoordigd worden gedurende een mediationtraject? Gelden bij een mediationtraject dezelfde morele waarden als bij het burgerlijk procesrecht en kunnen daarmee ook de verplichtingen die voortvloeien uit de beginselen van het burgerlijk procesrecht overgenomen worden in de aanvullende wet- en regelgeving aangaande de verplichtingen van een mediator gedurende een mediationtraject?

De verplichtingen genoemd in de beginselen van het burgerlijk procesrecht vertegenwoordigen immers de morele waarden die het burgerlijk procesrecht kent, zoals in hoofdstuk twee beschreven.

Zo kent het burgerlijk procesrecht het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid.¹⁴⁸ Op basis van dit beginsel dient een rechter gedurende een proces onafhankelijk en onpartijdig te zijn zodat procespartijen gedurende het proces een gelijkwaardige positie hebben en een gelijkwaardige behandeling krijgen.¹⁴⁹

Indien vast komt te staan dat ook gedurende een mediationtraject een gelijkwaardige positie en gelijkwaardige behandeling van belang is, kan vastgesteld worden dat ook een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator onafhankelijk en onpartijdig dient te zijn om zo een ongelijkwaardige positie en ongelijke behandeling van partijen te voorkomen. In § 3.5 wordt daarom per beginsel van het burgerlijk procesrecht onderzocht in hoeverre een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator gebonden moet zijn aan de verplichtingen die vergelijkbaar zijn met de verplichtingen die voortvloeien uit dat beginsel van het burgerlijk procesrecht.

Aan de hand van deze informatie kan worden vastgesteld welke verplichtingen onder andere opgenomen dienen te worden in de aanvullende wet- en regelgeving. Is een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator gebonden is aan de verplichtingen genoemd in bijvoorbeeld het beginsel van onpartijdigheid en onafhankelijkheid? Zo ja, dan dient hiervoor een verplichting opgenomen te worden in de aanvullende wet- en regelgeving zodat de morele waarde opgenomen in die verplichting ook opgenomen wordt in de wet, zoals gewenst.

Ter onderbouwing wordt hierbij onder andere gebruik gemaakt van de MfN-gedragsregels (zie bijlage 2), MfN-reglementen (zie bijlage 3) en MfN-mediationovereenkomst (zie bijlage 4). Tevens worden uitspraken van de Tuchtcommissie van de Stichting Tuchtrechtspraak Mediators (hierna: Tuchtcommissie) ter onderbouwing gebruikt.

De Stichting Tuchtrechtspraak Mediators is de onafhankelijke stichting die is belast met de tuchtrechtspraak van onder andere de MfN en beraadt zich onder andere over de vraag wanneer een mediator redelijk bekwaam is en redelijk handelt.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Heemskerk 2015, p. 7.

¹⁴⁹ Heemskerk 2015, p. 9.

¹⁵⁰ <https://mediationtuchtrecht.nl>. Laatst geraadpleegd op 20 mei 2020.

In dit onderzoek worden de stukken van de MfN als uitgangspunt genomen, omdat in mijn ogen een redelijk bekwaam en een redelijk handelend mediator aangesloten moet zijn bij de MfN of een soortgelijke beroepsorganisatie. Alleen op die manier kan gewaarborgd worden dat de deelnemers van een mediationtraject in beginsel een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator hebben ingeschakeld die voldoet aan de eisen die zijn gesteld door de MfN of soortgelijke beroepsorganisatie.

De MfN of soortgelijke beroepsorganisatie bevordert en bewaakt middels een register de kwaliteit van de mediators zodat in beginsel vaststaat dat de mediator handelt conform de eisen van de MfN of soortgelijke beroepsorganisatie.¹⁵¹ Alleen mediators die voldoen aan de gestelde eisen zijn immers opgenomen in het register van de MfN of soortgelijke beroepsorganisatie.¹⁵²

§ 4.4.1 Het beginsel van hoor en wederhoor

Op basis van het beginsel van hoor en wederhoor moeten alle partijen in gelijke mate de gelegenheid krijgen om hun standpunten naar voren te brengen.¹⁵³

Bij mediation willen alle partijen tot een resultaat komen dat voor alle partijen tezamen zo optimaal mogelijk is.¹⁵⁴ Voor een optimaal resultaat is het van belang dat alle partijen in gelijke mate de gelegenheid krijgen om hun standpunten ten aanzien van de mogelijke oplossingen te uiten.

Een optimaal resultaat voor alle partijen tezamen wordt niet behaald indien één partij het niet eens is met de oplossing. Alle partijen dienen het namelijk eens te zijn met de oplossing, aangezien allen de vaststellingsovereenkomst met daarin de opgenomen oplossing dienen te tekenen alvorens zij gebonden zijn aan de oplossing.¹⁵⁵ Indien een partij het niet eens is met een oplossing, zal zij de vaststellingsovereenkomst niet tekenen zodat geen optimaal resultaat is bereikt en het mediationtraject niet succesvol is afgerond.

Alvorens een oplossing wordt opgenomen in een vaststellingsovereenkomst is het dus van belang om partijen de gelegenheid te geven hun standpunten ten aanzien van de mogelijke oplossingen naar voren te brengen. Voor welke oplossing willen alle partijen wel of niet tekenen? Alleen dan bestaat de kans tot het succesvol afronden van het mediationtraject. Mijns inziens moet hierbij de nadruk liggen op 'gelijke mate'. Partijen moeten voor een succesvolle afronding van het mediationtraject een gelijkwaardige positie hebben en gelijkwaardig worden behandeld.

Het is goed voorstelbaar dat een partij die zich ongelijkwaardig voelt behandeld niet mee wil werken aan een oplossing. Door partijen een gelijkwaardige positie en gelijkwaardige behandeling te geven kan worden voorkomen dat een partij ontevreden is over het mediationtraject, afziet van alle mogelijke oplossingen, geen vaststellingsovereenkomst tekent en het mediationtraject dus niet succesvol wordt afgerond.

Mijns inziens is het de taak van de mediator om te zorgen dat alle partijen in gelijke mate de gelegenheid krijgen om hun standpunten naar voren te brengen, aangezien de mediator door de partijen is ingeschakeld ter begeleiding van de communicatie en onderhandelingen. De mediator moet door zijn wijze van begeleiding ervoor zorgen dat alle partijen op gelijkwaardige wijze hun standpunten naar voren kunnen brengen.

¹⁵¹ <https://mfregister.nl/over-skm-mfn/>. Laatst geraadpleegd op 20 mei 2020.

¹⁵² Zie o.a. <https://mfregister.nl/login-registremediator/onderhoudseisen/>. Laatst geraadpleegd op 20 mei 2020.

¹⁵³ Art. 19 Rv jo. art. 6 lid 1 EVRM & HR 27 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2407, zie punt 3.7. & Van Mierloo 2017, nr. 2.

¹⁵⁴ Kamerstukken II 2012/13, 33723, 3, p. 2.

¹⁵⁵ Art. 7:900 BW & Schonewille 2012, p. 29.

Dat partijen gedurende een mediationtraject gelijkwaardig behandeld dienen te worden en dat een mediator hiervoor moet zorgen blijkt uit het MfN-reglement. Hierin staat namelijk beschreven dat een mediator moet bevorderen dat iedere partij zoveel mogelijk op gelijkwaardige wijze aan bod komt.¹⁵⁶

Ook Schonewille erkent dat een mediator ervoor moeten zorgen dat alle partijen een gelijkwaardige positie hebben en gelijkwaardig worden behandeld.¹⁵⁷

Volgens de Tuchtcommissie is transparantie vanuit de mediator van groot belang zodat het voor alle partijen controleerbaar is of sprake is van gelijkwaardigheid.¹⁵⁸

Kortom, mijns inziens heeft een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator zich te houden aan de verplichtingen die vergelijkbaar zijn met de verplichtingen die voortvloeien uit het beginsel van hoor en wederhoor. Daarom dient mijns inziens in de aanvullende wet- en regelgeving een verplichting opgenomen te worden waarmee de mediator wordt verplicht om alle deelnemers van het mediationtraject de gelegenheid te geven om in gelijke mate hun standpunten naar voren te brengen.

§ 4.4.2 Het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid

Op basis van het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid moet gedurende een proces een rechter niet de druk voelen om tot een bepaald besluit te komen en mag de rechter niet partijdig zijn.¹⁵⁹

Zoals hiervoor beschreven is het van belang dat alle partijen gedurende een mediationtraject een gelijkwaardige positie hebben en een gelijkwaardige behandeling krijgen zodat het traject succesvol afgerond kan worden.

Om een gelijkwaardige positie en gelijkwaardige behandeling te bevorderen, is het mijns inziens belangrijk dat een mediator onafhankelijk en onpartijdig is. Indien de mediator één partij bevoordeelt, oftewel partijdig is, kan immers niet meer gesproken worden over een gelijkwaardige positie en een gelijkwaardige behandeling.

Denk bijvoorbeeld aan een situatie waarin een mediator enkel één partij de mogelijkheid geeft om een adviseur mee te nemen naar de mediationbijeenkomsten. Dit heeft als gevolg dat één partij wordt bevoordeeld door de mediator. De bevoordeelde partij kan zich namelijk tijdens de bijeenkomst laten adviseren over de nadelige gevolgen van oplossing, terwijl andere partijen zich hierover niet kunnen laten adviseren en dus mogelijk gaan instemmen met een oplossing van het geschil die nadelig is voor hen.

Daarnaast moet de mediator niet de druk van iets of iemand voelen om een partij te bevoordelen, oftewel hij moet onafhankelijk zijn, zodat wordt voorkomen dat sprake is van een ongelijkwaardige positie of ongelijke behandeling.

Deze gedachte wordt bevestigd door Schonewille en de onderzoeken van Goldberg en Potrais.¹⁶⁰ Volgens deze onderzoeken is het voor het succesvol afronden van een mediationtraject van belang dat partijen vertrouwen hebben in de mediator. Hiertoe is het van belang dat de mediator onpartijdig is.

¹⁵⁶ Zie toelichting op art. 8 van bijlage 2.

¹⁵⁷ Schonewille 2012, p. 174-175.

¹⁵⁸ De Tuchtcommissie van de Stichting Tuchtrechtspraak Mediators, 22 juni 2018, M-2018-3, zie punt 5.3.

¹⁵⁹ Asser Procesrecht/Giesen 1 2015, nr. 219 & Heemskerk 2015, p. 9.

¹⁶⁰ Schonewille 2012, p. 172 & Goldberg e.a. 2007, p. 414-415 & Poitras 2009, p. 323.

Dat een mediator onpartijdig dient te zijn, wordt tevens bevestigd in de definitie van 'mediator' genoemd in de Richtlijn en de Wet Implementatie. Hierin staat namelijk omschreven dat een mediator een mediationtraject op een onpartijdige wijze dient te leiden.¹⁶¹

Dat een mediator onpartijdig en onafhankelijk dient te zijn, blijkt ook uit de MfN-gedragsregels. Een mediator dient volgens de gedragsregels een neutrale rol te hebben.¹⁶² Zo mag de mediator geen blijk geven van voorkeur voor of afkeur van één van de partijen. Een mediator dient daarnaast geen belang te hebben dat zijn onafhankelijkheid zou kunnen aantasten. Dit belang kan bijvoorbeeld liggen in een zakelijke relatie die de mediator heeft of had met één van de partijen.

Volgens de Tuchtcommissie is transparantie vanuit de mediator van groot belang zodat het voor alle partijen controleerbaar is of de mediator ook daadwerkelijk onpartijdig en onafhankelijk is.¹⁶³

Dat onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de mediator van belang is, bewijst het feit dat een mediator een opdracht niet moet aannemen of zich moet terugtrekken indien hij het mediationtraject niet op een onpartijdige en/of op een onafhankelijke wijze kan afronden.¹⁶⁴ Kortom, mijns inziens heeft een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator zich te houden aan de verplichtingen die vergelijkbaar zijn met de verplichtingen die voortvloeien uit het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Daarom dient mijns inziens in de aanvullende wet- en regelgeving een verplichting opgenomen te worden waarmee de mediator wordt verplicht het mediationtraject op een onafhankelijke en onpartijdige wijze af te ronden.

¹⁶¹ Art. 3 sub b Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken & art. 1 sub b Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken.

¹⁶² Zie art. 4 van bijlage 2 & zie art. 5 van bijlage 2.

¹⁶³ De Tuchtcommissie van de Stichting Tuchtrechtspraak Mediators, 22 juni 2018, M-2018-3, zie punt 5.3.

¹⁶⁴ Zie art. 5.2 van bijlage 2 & Zie art 4.2 van bijlage 2.

§ 4.4.3 Het beginsel van openbaarheid

Op basis van het beginsel van openbaarheid moeten zittingen en uitspraken van processen in het openbaar plaatsvinden zodat gecontroleerd kan worden of gedurende het proces wordt voldaan aan de wet- en regelgeving en de beginselen van burgerlijk procesrecht.¹⁶⁵ Volgens onder andere de Richtlijn en Schonewille wordt mediation juist gekenmerkt door de vertrouwelijkheid van het traject.¹⁶⁶ Uit een onderzoek gedaan in 2019 is zelfs gebleken dat de vertrouwelijkheid van een mediationtraject voor sommige ruziënde partijen de reden is om te kiezen voor mediation.¹⁶⁷

In de standaard MfN-mediationovereenkomst wordt de vertrouwelijkheid van het traject opgenomen in een geheimhoudingsclausule.¹⁶⁸ Als uitgangspunt wordt opgenomen dat hetgeen wat mondeling en schriftelijk wordt uitgewisseld, vertrouwelijk is en blijft, ook na het mediationtraject.¹⁶⁹ Deze geheimhoudingsplicht geldt ook ten aanzien van de mediator.¹⁷⁰ Partijen kunnen afwijken van de geheimhoudingsplicht, mits hierover expliciete afspraken zijn gemaakt.¹⁷¹

De Tuchtcommissie noemt de vertrouwelijkheid van essentieel belang.¹⁷²

De vertrouwelijkheid van het mediationtraject waarborgt namelijk dat alle partijen vrijuit kunnen spreken, zonder dat daarbij het risico wordt gelopen, dat de informatie die gedurende het mediationtraject is besproken, voor een ander doel wordt gebruikt dan waarvoor die bedoeld is.

Hierbij benoemt de Tuchtcommissie ook dat de mediator bij uitstek de taak heeft om de vertrouwelijkheid van het traject steeds te blijven waarborgen.¹⁷³

Kortom, mijns inziens heeft een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator zich niet te houden aan het beginsel van openbaarheid. Een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator heeft een verplichting tot geheimhouding, tenzij alle partijen en de mediator expliciete afspraken hebben gemaakt over het bekendmaken van gegevens en uitspraken aangaande het mediationtraject.

Daarom dient mijns inziens in de aanvullende wet- en regelgeving een verplichting opgenomen te worden waarmee de mediator wordt verplicht tot het geheimhouden van alles dat mondeling en schriftelijk wordt uitgewisseld, tenzij alle partijen en de mediator afwijkende afspraken hebben gemaakt.

¹⁶⁵ Art. 121 Grondwet jo. art. 27 Rv jo. art. 29 Rv jo art. 6 lid 1 EVRM & Asser Procesrecht/Giesen 1 2015, nr. 338.

¹⁶⁶ Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken, zie p. 3 onder punt 23 & Schonewille 2012, p. 31.

¹⁶⁷ Van der Zeijden & Vogels 2019, p. 36-37.

¹⁶⁸ Zie art. 7.1 van bijlage 4.

¹⁶⁹ Zie art. 6 van bijlage 2 & art. 7 van bijlage 3.

¹⁷⁰ Zie art. 6 van bijlage 2. & art. 7 van bijlage 3.

¹⁷¹ Zie art. 6 van bijlage 2.

¹⁷² De Tuchtcommissie van de Stichting Tuchtrechtspraak Mediators, 1 augustus 2019, nr. M-2018-16, zie punt 5.4.

¹⁷³ De Tuchtcommissie van de Stichting Tuchtrechtspraak Mediators, 1 augustus 2019, nr. M-2018-16, zie punt 5.5.

§ 4.4.4 Het beginsel van partijautonomie

Op basis van het beginsel van partijautonomie dienen partijen zelf te bepalen wanneer en waarover geprocedeerd gaat worden.¹⁷⁴

Mijns inziens geldt het beginsel van partijautonomie ook voor mediation. Mediation heeft namelijk als kenmerk dat alle partijen op vrijwillige basis meewerken aan het mediationtraject.¹⁷⁵

Voor een succesvolle afronding van een mediationtraject is het nodig dat alle partijen mee willen werken aan het traject, zoals eerder beschreven. Partijen bepalen zelf of zij, waarover zij en wanneer zij mee willen werken aan een mediationtraject.

Mijns inziens is een mediator daarmee gebonden aan de verplichtingen die voortvloeien uit het beginsel van partijautonomie.

Deze gedachte wordt bevestigd door de standaard MfN-mediationovereenkomst. Alvorens een mediationtraject wordt opgestart dienen de partijen een mediationovereenkomst te tekenen waarin doorgaans staat beschreven dat het mediationtraject plaatsvindt op basis van vrijwilligheid van alle partijen.¹⁷⁶

Volgens de Tuchtcommissie kan vrijwilligheid van partijen ook blijken uit schriftelijke verklaringen of uit het feit dat partijen bij alle mediationbijeenkomsten aanwezig zijn.¹⁷⁷

Daarnaast bestaat gedurende een mediationtraject voor alle partijen de mogelijkheid open om op elk moment te stoppen met mediation.¹⁷⁸ Op basis hiervan kan geconcludeerd worden dat een partij nooit verplicht kan worden om mediation op te starten of mediation te blijven volgen, indien een partij dat niet wenst.

De vrijwilligheid van partijen om mediation op te starten wordt tevens bevestigd door de definitie van 'mediation' genoemd in de Richtlijn en de Wet Implementatie. Hierin staat namelijk beschreven dat gedurende een mediationtraject alle partijen op vrijwillige basis zelf pogen hun geschil te schikken.¹⁷⁹

Partijautonomie houdt tevens in dat partijen zelf de inhoud van de procedure bepalen.¹⁸⁰

Ook gedurende een mediationtraject bepalen de partijen zelf waarover gesproken gaat worden, zoals blijkt uit de mediationovereenkomst waarin doorgaans staat omschreven dat de partijen zelf verantwoordelijk zijn voor de inhoud van het mediationtraject.¹⁸¹

De Tuchtcommissie stelt tevens dat het aan de partijen is om te bepalen welke onderwerpen ,in welke volgorde en in welk tempo, gedurende een mediationtraject aan bod moeten komen.¹⁸²

In mijn ogen dient een mediator meer dan een rechter te luisteren naar de wensen van de partijen.

¹⁷⁴ Art. 23 Rv jo. 24 Rv & Heemskerk 2015, p. 11-12.

¹⁷⁵ Art. 3 sub b Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken & art. 1 sub b Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken.

¹⁷⁶ Zie art. 5 van bijlage 4.

¹⁷⁷ De Tuchtcommissie van de Stichting Tuchtrechtspraak Mediators, 14 september 2018, nr. M-2018-6, zie punt 4.2.

¹⁷⁸ Zie art. 5 van bijlage 4.

¹⁷⁹ Art. 3 sub b Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken & art. 1 sub b Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken.

¹⁸⁰ Heemskerk 2015, p. 11-12.

¹⁸¹ Zie art. 3 van bijlage 2.

¹⁸² De Tuchtcommissie van de Stichting Tuchtrechtspraak Mediators, 10 november 2017, nr. M-2017-8, zie punt 5.1.

In tegenstelling tot een mediationtraject hoeven in een gerechtelijk proces namelijk niet alle partijen op vrijwillige basis mee te werken aan het proces. Iemand kan zelfs gedwongen worden om een partij in een proces te worden door het ontvangen van een verzoekschrift of dagvaarding van de wederpartij.¹⁸³

Daarbij komt dat in tegenstelling tot een mediationtraject de partijen gedurende een gerechtelijk proces niet bepalen in welke volgorde en in welk tempo de onderwerpen worden besproken. De partijen krijgen gedurende een gerechtelijk proces enkel de mogelijkheid om op basis van het beginsel van partijautonomie de inhoud van het proces in beginsel te bepalen.¹⁸⁴ Vervolgens heeft de rechter met inachtneming van wet- en regelgeving de regie over het proces.¹⁸⁵

Daarbij komt dat een mediator in tegenstelling tot een rechter niet uit eigen beweging de inhoud van de procedure kan aanvullen/wijzigen.¹⁸⁶ Een rechter moet in sommige gevallen op basis van wet- en regelgeving ambtshalve ingrijpen en daardoor de inhoud van de procedure aanvullen/wijzigen.

Zo moet een rechter ambtshalve onderzoeken of in de algemene voorwaarden behorend bij een consumentenovereenkomst een onredelijk bezwarend beding is opgenomen, ook indien een partij niet heeft gevraagd om een beoordeling van de algemene voorwaarden.¹⁸⁷

De mediator is hiertoe niet bevoegd en dient enkel naar de wensen van de partijen te luisteren, zoals hiervoor beschreven.

Kortom, mijns inziens heeft een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator zich te houden aan de verplichtingen die vergelijkbaar zijn met de verplichtingen die voortvloeien uit het beginsel van partijautonomie. Daarom dient mijns inziens in de aanvullende wet- en regelgeving een verplichting tot partijautonomie opgenomen te worden, inhoudende dat alle deelnemers van het mediationtraject op vrijwillige basis deelnemen aan het traject, de deelnemers van het mediationtraject zelf de inhoud van het traject bepalen, de deelnemers van het mediationtraject zelf bepalen in welke volgorde en in welk tempo de onderwerpen worden besproken.

¹⁸³ Zie bijv. art. 278 Rv.

¹⁸⁴ Art. 23 Rv jo. art. 24 Rv.

¹⁸⁵ Zo kan de rechter op basis van art. 27 Rv bepalen dat een proces achter gesloten plaatsvindt.

¹⁸⁶ De Tuchtcommissie van de Stichting Tuchtrechtspraak Mediators, 10 november 2017, nr. M-2017-8, zie punt 5.1.

¹⁸⁷ Art. 121 Grondwet jo. Art. 5 lid 1 RO jo. 30 Rv & art.6 lid 1 EVRM & HvJ EU 4 juni 2009, C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350 & Asser/Hartkamp 3-I 2015/ 294 4.

§ 4.4.5 Het beginsel van motivering van de beslissing

Op basis van het beginsel van motivering van de beslissing moet een rechter zijn besluit aangaande het geschil motiveren.¹⁸⁸

Gedurende een mediationtraject nemen de partijen zelf het besluit over de oplossing van het geschil.¹⁸⁹

Zodra alle partijen tevreden zijn met de oplossing voor het geschil, wordt de oplossing opgenomen in een vaststellingsovereenkomst.¹⁹⁰ In de vaststellingsovereenkomst hoeft echter niet gemotiveerd worden waarom alle partijen tot het besluit gekomen zijn, het enkel opnemen van de afspraken in de vaststellingsovereenkomst is voldoende om partijen gebonden te laten zijn aan de daarin opgenomen afspraken.¹⁹¹

Het gaat erom dat alle partijen tevreden zijn met de oplossing. Mocht één partij toch niet tevreden zijn met het besluit, dan kan zij ervoor kiezen om de vaststellingsovereenkomst niet te tekenen.

Een mediator kan zo goed als hij kan de motiveringen van partijen om een bepaald besluit te nemen verwerken in de vaststellingsovereenkomst maar als een partij ervoor kiest om de vaststellingsovereenkomst niet te tekenen, kan deze partij niet gedwongen worden om de vaststellingsovereenkomst wel te tekenen.

Het beginsel van motivering van de beslissing is dus niet noodzakelijk voor het succesvol afronden van een mediationtraject.

Het beginsel van motivering van de beslissing kan wel van belang zijn indien een partij na afloop van het mediationtraject nakoming van de vaststellingsovereenkomst bij de rechter wil afdwingen. De motiveringen van de beslissingen opgenomen in de vaststellingsovereenkomst kunnen de rechter helpen bij het oordelen over het geschil.

De motiveringen van de beslissingen geven namelijk inzicht in de beweegredenen en achtergronden van de beslissingen.

Zo kan een motivering laten zien dat een bepaalde afspraak in een echtsscheidingskwestie is gemaakt ter bescherming van de kinderen hetgeen voor de rechter en partijen inzicht biedt in het belang van de opvolging van de afspraak.

Mijn voorkeur gaat er dan ook naar uit dat de genomen beslissingen worden gemotiveerd in de vaststellingsovereenkomst. Hiermee wordt voorkomen dat gedurende een gerechtelijk proces het geschil opnieuw volledig besproken moet worden wat veel tijd kost.

Het opnemen van de motiveringen van de beslissingen in de vaststellingsovereenkomst kan tijd besparen en daarmee voorkomen dat partijen nog langer in onzekerheid leven over hun rechten en plichten.

Het lijkt mij wenselijk om partijen zo snel mogelijk zekerheid te geven over hun rechten en plichten en daarom is het naar mijn mening ook wenselijk om de motiveringen van de beslissingen op te nemen in de vaststellingsovereenkomst zodat de onzekerheden bij de partijen zo snel mogelijk worden weggenomen, indien bij de rechter nakoming van de vaststellingsovereenkomst wordt afgedwongen.

¹⁸⁸ Heemskerk 2015, p. 10-11 & Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016, nr. 97.

¹⁸⁹ Zie o.a. art. 3 sub b Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken & art. 1 sub b Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken.

¹⁹⁰ Art. 7:900 BW & Schonewille 2012, p. 29.

¹⁹¹ Art. 7:900 BW & Schonewille 2012, p. 29.

Kortom, mijns inziens is het van belang dat een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator zich houdt aan de verplichtingen die vergelijkbaar zijn met de verplichtingen die voortvloeien uit het beginsel van de motivering van de beslissing. Daarom dient mijns inziens in de aanvullende wet- en regelgeving een verplichting opgenomen te worden waarmee de mediator wordt verplicht tot het motiveren van de afspraken in de vaststellingsovereenkomst.

§ 4.4.6 Het beginsel van een redelijke termijn

Het beginsel van een redelijke termijn heeft als doel om een proces niet oneindig lang te laten voortduren.¹⁹² Alle partijen moeten namelijk op een gegeven moment weer vrij kunnen bewegen zonder rekening te hoeven houden met mogelijke uitkomsten van een proces.¹⁹³

Voor mediation geldt dat alle partijen niet vrij kunnen bewegen zolang geen oplossing is gevonden voor het geschil. Moet partij A geld betalen aan partij B? Zolang partijen hier niet over uit zijn, moet partij A mogelijk geld vasthouden en kan zij niet vrij bewegen.

Het lijkt mij onwenselijk om een mediationtraject oneindig voort te laten duren. Alle partijen moeten op een gegeven moment zekerheid hebben over hun rechten en plichten zodat zij zich weer vrij kunnen bewegen. Mijns inziens geldt het beginsel van een redelijke termijn dus ook voor mediation.

Deze gedachte wordt bevestigd door de definitie van 'mediation' genoemd in de Richtlijn en de Wet Implementatie.¹⁹⁴ Hierin staat namelijk beschreven dat een mediator doeltreffend te werk moet gaan. 'Doeltreffend' houdt in mijn ogen onder andere in dat het geschil zo spoedig mogelijk moet worden opgelost om een groter conflict, bijvoorbeeld een escalatie van het oorspronkelijk conflict, te voorkomen.

Dat een mediator het mediationtraject niet onnodig lang mag laten duren, blijkt ook uit de MfN-gedragsregels. Hier staat namelijk in beschreven dat de mediator gedurende het traject met de nodige voortvarendheid moet handelen.¹⁹⁵

Aan voortvarendheid wordt volgens de Tuchtcommissie in ieder geval niet voldaan indien de mediator slecht bereikbaar is voor alle partijen, stukken niet doorzendend en voortdurend vraagt om aanvullende informatie.¹⁹⁶ Volgens de Tuchtcommissie moet een mediator actie blijven ondernemen richting partijen zolang het mediationtraject niet is beëindigd.¹⁹⁷

Hieruit kan in mijn ogen geconcludeerd worden dat een mediator daadkrachtig moet optreden zodat het mediationtraject zo spoedig mogelijk afgerond kan worden.

Kortom, mijns inziens heeft een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator zich te houden aan de verplichtingen die vergelijkbaar zijn met de verplichtingen die voortvloeien uit het beginsel van een redelijke termijn.

Daarom dient mijns inziens in de aanvullende wet- en regelgeving een verplichting opgenomen te worden waarmee de mediator wordt verplicht tot het bewaken van een onredelijke vertraging van het mediationtraject.

¹⁹² Art. 20 Rv & art. 6 lid 1 EVRM & Asser Procesrecht/Giesen 1 2015, nr. 387.

¹⁹³ Asser Procesrecht/Giesen 1 2015, nr. 387.

¹⁹⁴ Art. 3 sub b Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken & art. 1 sub b Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken.

¹⁹⁵ Zie toelichting bij art. 8 van bijlage 2.

¹⁹⁶ De Tuchtcommissie van de Stichting Tuchtrechtspraak Mediators, 14 september 2018, nr. M-2018-4, zie punt 4.2.

¹⁹⁷ De Tuchtcommissie van de Stichting Tuchtrechtspraak Mediators, 14 september 2018, nr. M-2018-5, zie punt 4.3.

§ 4.5 Mediation en het ongeschreven beginsel van de goede procesorde

In § 4.4 zijn enkel de geschreven beginselen van het burgerlijk procesrecht besproken, maar het burgerlijk procesrecht kent ook het ongeschreven beginsel van de goede procesorde.¹⁹⁸ Bij een gerechtelijk proces mag een rechter pas een besluit nemen indien de wet hiertoe de mogelijkheid geeft.

In sommige gevallen bieden de wet- en regelgeving en procesreglementen geen concreet aanknopingspunt voor de rechter om een bepaald besluit te nemen.

Het beginsel van de goede procesorde geeft dan onder omstandigheden een rechter de mogelijkheid om wel het benodigde of gewenste besluit te nemen en te onderbouwen.¹⁹⁹

In tegenstelling tot een rechter heeft een mediator veel vrijheid ten aanzien van het verloop van het traject.

Een mediator heeft geen bevoegdheid uit de wet- en/of regelgeving nodig om een besluit inzake het verloop van het traject te nemen, daar de wet en de MfN-reglementen geen strak regime kennen voor het verloop van een mediationtraject. De mediator heeft dan ook niet het beginsel van de goede procesorde nodig.

Een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator neemt een besluit dat leidt tot een voor alle partijen tezamen optimaal resultaat zodat toekomstige geschillen worden voorkomen, het geschil effectief wordt opgelost en het mediationtraject daarmee succesvol wordt afgerond.²⁰⁰ Een mediator moet dus per mediationtraject kijken welk besluit ten aanzien van het verloop van het traject leidt tot een voor alle partijen tezamen optimaal resultaat.

Zo moet een redelijk bekwaam en redelijke handelend mediator niet besluiten om de emoties van alle partijen te negeren, omdat hij geen tijd heeft, terwijl de partijen wel hebben aangegeven hun emoties te willen uiten.²⁰¹

Een mediator dient overigens bij zijn besluiten wel te handelen binnen de kaders van de wet- en regelgeving. Zo mag een mediator niet een partij bedreigen met geweld als een partij de vaststellingsovereenkomst niet wil ondertekenen. Hiermee overtreedt de mediator immers art. 285 WvSr.

Kortom, mijns inziens heeft een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator zich niet te houden aan vergelijkbare verplichtingen genoemd in beginsel van de goede procesorde. Aanvullende wet- en regelgeving is hieromtrent dan ook niet nodig.

¹⁹⁸ Stein e.a. 2018, nr. 2.11 & Lindijer 2006, zie 8.3.1.

¹⁹⁹ Stein e.a. 2018, nr. 2.11 & Lindijer 2006, zie 8.3.1.

²⁰⁰ Schonewille 2012, p. 47.

²⁰¹ Schonewille 2012, p. 331.

§ 4.6 Deelconclusie

Geconcludeerd kan worden dat in mijn ogen een mediator op basis van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en art. 6 lid 1 EVRM niet gebonden is aan de beginselen van het burgerlijk procesrecht.

Dat wil echter nog niet zeggen dat een mediator niet gebonden is aan verplichtingen die vergelijkbaar zijn de verplichtingen die voortvloeien uit de beginselen van het burgerlijk procesrecht.

Een mediator dient namelijk op basis van de mediationovereenkomst en art. 7:401 BW te handelen zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator zou handelen.

Op basis van de huidige wet- en regelgeving en beschikbare jurisprudentie is het echter moeilijk vast te stellen welke verplichtingen een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator heeft.

Daarom dient mijns inziens boek 7 onder titel 7 van het Burgerlijk Wetboek aangevuld te worden met de verplichtingen van een mediator gedurende een mediationtraject. Deze aanvulling moet meer duidelijkheid geven over het begrip 'een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator'.

In dit hoofdstuk is vast komen te staan dat in ieder geval de volgende verplichtingen ten aanzien van de mediator gedurende een mediationtraject in de aanvullende wet- en regelgeving opgenomen moeten worden:

- een verplichting om alle deelnemers van het mediationtraject de gelegenheid te geven om in gelijke mate hun standpunten naar voren te brengen,
- een verplichting tot het afronden van het mediationtraject op een onafhankelijke en onpartijdige wijze,
- een verplichting tot partijautonomie, inhoudende dat alle deelnemers van het mediationtraject op vrijwillige basis deelnemen aan het traject, de deelnemers van het mediationtraject zelf de inhoud van het traject bepalen, de deelnemers van het mediationtraject zelf bepalen in welke volgorde en in welk tempo de onderwerpen worden besproken,
- een verplichting tot het geheimhouden van alles dat mondeling en schriftelijk gedurende en na het mediationtraject wordt uitgewisseld, tenzij alle deelnemers van het mediationtraject en de mediator afwijkende afspraken hebben gemaakt.
- een verplichting tot het opnemen van de motiveringen van de afspraken in de vaststellingsovereenkomst, en
- een verplichting tot het bewaken van een onredelijke vertraging van het mediationtraject.

5. Conclusie

In dit onderzoek is onderzocht of de mediator gebonden is aan de hoofdbeginselen van het burgerlijk procesrecht. De overheid is voornemens om wet- en regelgeving ten aanzien van de verplichtingen van de mediator op te nemen in het burgerlijk procesrecht, omdat in de huidige wet- en regelgeving geen concrete regels gelden ten aanzien van mediation.

In dit onderzoek is onderzocht of aanvullende wet- en regelgeving noodzakelijk is ten aanzien van de verplichtingen van de mediator. Mogelijk is een mediator op basis van de huidige wet- en regelgeving al gebonden aan verplichtingen zoals genoemd in de hoofdbeginselen van het burgerlijk procesrecht zodat aanvullende wet- en regelgeving niet noodzakelijk is.

De centrale vraag in het onderzoek luidde als volgt: *‘Is een mediator op basis van nationale en internationale wet- en regelgeving verplicht zich aan de hoofdbeginselen van het burgerlijk procesrecht te houden gedurende een mediationtraject?’*.

Het onderzoek had als doel om een oordeel te vellen over de noodzakelijkheid van aanvullende wet- en regelgeving ten aanzien van de verplichtingen van de mediator gedurende een mediationtraject.

Op basis van de verzamelende informatie kan het volgende worden geconcludeerd en geoordeeld.

Een mediator is op basis van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en art. 6 lid 1 EVRM niet verplicht zich aan de beginselen van het burgerlijk procesrecht te houden.

De geschreven beginselen van het burgerlijk procesrecht zijn namelijk op basis het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en art. 6 lid 1 EVRM enkel van toepassing op procedures waarbij een derde een bindend besluit neemt over een geschil.

Gedurende een mediationtraject begeleidt de derde, de mediator, enkel partijen bij de communicatie en onderhandelingen met als doel om partijen zelf tot een oplossing van hun geschil te laten komen. Hierbij vormt de mediator geen mening, geeft hij aanbevelingen en doet hij geen voorstellen ten aanzien van de oplossing van het geschil, laat staan dat hij bindende besluiten neemt ten aanzien van de oplossing van het geschil.

Dit wil echter nog niet zeggen dat een mediator niet gebonden is aan de verplichtingen die vergelijkbaar zijn met de verplichtingen genoemd in de beginselen van het burgerlijk procesrecht, zoals de verplichting om onafhankelijk en onpartijdig te handelen.

Een mediator heeft namelijk op basis van de mediationovereenkomst, de overeenkomst waarmee de opdracht door de ruziënde partijen aan de mediator wordt gegeven om hen te begeleiden gedurende het mediationtraject, en art. 7:401 BW wel de verplichting om te handelen zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator zou handelen.

Op basis van de huidige wet- en regelgeving en de beschikbare jurisprudentie is echter moeilijk vast te stellen wat onder een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator wordt verstaan. Daarmee is ook moeilijk vast te stellen of een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator gebonden is aan de verplichtingen genoemd in de beginselen van het burgerlijk procesrecht.

Aanvullende wet- en regelgeving omtrent de verplichtingen van de mediator gedurende een mediationtraject moet meer duidelijkheid geven over het begrip ‘een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator’.

De aanvullende wet- en regelgeving moet deelnemers van mediationtrajecten helpen bij het beoordelen of een mediator wel/niet de door tussen hen gesloten mediationovereenkomst is nagekomen. Een mediator is namelijk op basis van art. 6:74 BW in beginsel schadeplichtig jegens de deelnemers van het mediationtraject indien hij de mediationovereenkomst niet nakomt.

Daarnaast moet duidelijkheid ten aanzien van de verplichtingen van de mediator het gebruik van mediation bevorderen, daar door het huidige gebrek aan duidelijkheid over regels van een mediationtraject ruziënde partijen mogelijk eerder gebruik maken van de rechtspraak in plaats van mediation. Terwijl mediation bijvoorbeeld beter is voor de Nederlandse economie aangezien de kosten voor een mediationtraject doorgaans lager zijn dan de kosten voor een rechtszaak, zoals blijkt uit kamerstukken die zijn genoemd in dit onderzoek.

Alvorens duidelijkheid wordt verschaft over de verplichtingen van een mediator is het wenselijk om de definities van 'mediation' en 'mediationovereenkomst' op te nemen in de aanvullende wet- en regelgeving zodat duidelijk is wanneer en welke regels gelden ten aanzien van mediation.

Mijns inziens moet de aanvullende wet- en regelgeving opgenomen worden in boek 7 onder titel 7 van het Burgerlijk Wetboek daar de aanvulling betrekking heeft op een artikel genoemd in boek 7 onder titel 7 van het Burgerlijk Wetboek, namelijk art. 7:401 BW waarin staat beschreven dat een opdrachtnemer en dus ook een mediator dient te handelen zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator zou handelen.

Naar mijn oordeel moet de aanvullende wet- en regelgeving ten aanzien van de verplichtingen van de mediator de morele waarden vertegenwoordigen die gelden gedurende een mediationtraject.

Hiermee wordt bewerkstelligd dat de mediator enige vrijheid krijgt om te beoordelen welke werkwijze het meest geschikt is om het geschil tussen de partijen te lossen. Tegelijkertijd wordt hiermee bewerkstelligd dat een mediator gedurende een mediationtraject rekening moet houden met bepaalde morele waarden en dus niet geheel vrij is.

De verplichtingen genoemd in de beginselen van het burgerlijk procesrecht vertegenwoordigen morele waarden die mogelijk ook van toepassing zijn gedurende een mediationtraject. Daarom is in het onderzoek onderzocht of dezelfde morele waarden gelden in een mediationtraject aan de hand van de volgende vraag: 'In hoeverre moet een mediator gebonden zijn aan de verplichtingen die vergelijkbaar zijn met de verplichtingen die voortvloeien uit de beginselen van het burgerlijk procesrecht?'

Indien bijvoorbeeld bij een mediationtraject net als bij het burgerlijk procesrecht de gelijkwaardige positie en gelijkwaardige behandeling van partijen van belang is, geldt ook de verplichting voor de mediator, net als de verplichting voor de rechter, om onafhankelijk en onpartijdig te zijn. Hiermee wordt immers voorkomen dat deelnemers van een mediationtraject een ongelijkwaardige positie en ongelijkwaardige behandeling krijgen.

Aan de hand van dit onderzoek kan worden vastgesteld dat een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator in ieder geval de volgende verplichtingen heeft:

- een verplichting om alle deelnemers van het mediationtraject de gelegenheid te geven om in gelijke mate hun standpunten naar voren te brengen,
- een verplichting tot het afronden van het mediationtraject op een onafhankelijke en onpartijdige wijze,

- een verplichting tot partijautonomie, inhoudende dat alle deelnemers van het mediationtraject op vrijwillige basis deelnemen aan het traject, de deelnemers van het mediationtraject zelf de inhoud van het traject bepalen, de deelnemers van het mediationtraject zelf bepalen in welke volgorde en in welk tempo de onderwerpen worden besproken,
 - een verplichting tot het geheimhouden van alles dat mondeling en schriftelijk gedurende en na het mediationtraject wordt uitgewisseld, tenzij alle deelnemers van het mediationtraject en de mediator afwijkende afspraken hebben gemaakt.
 - een verplichting tot het opnemen van de motiveringen van de afspraken in de vaststellingsovereenkomst, en
 - een verplichting tot het bewaken van een onredelijke vertraging van het mediationtraject.
- Mijns inziens dienen deze verplichtingen dan ook opgenomen te worden in de aanvullende wet- en regelgeving in boek 7 onder titel 7 van het Burgerlijk Wetboek.

Kortom, mijn oordeel is dat aanvullende wet- en regelgeving ten aanzien van de verplichtingen van de mediator noodzakelijk is.

6. Literatuurlijst

Asser/Tjong Tjin Tai 2014

C. Asser/ T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Mr. C. Assers Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. Opdracht, incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2014.

Asser Procesrecht/Giesen 1 2015

I. Giesen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 1. Beginselen van burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Asser/Hartkamp 3-I 2015

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel I. Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Asser Procesrecht/Korthals & Groen 7 2015

E. Korthals Altes & H.A. Groen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 7. Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016

A.C. van Schaick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 2. Eerste aanleg*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Asser/Vranken Algemeen deel 1995**

J.B.M. Vranken, *Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel*, Deventer: Kluwer 1995.

Brenninkmeijer 2013

A.F.M. Brenninkmeijer, *Handboek Mediation*, 5^e herziene druk, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013.

Brink, NJB 2013/1858

M. Brink, 'Naar een wettelijke regeling van mediation?', *NJB* 2013/1858, afl. 3, p. 1857-1928

Goldberg e.a. 2007

S.B. Goldberg, M.L. Shaw, *The Secrets of Successful (and Unsuccessful) Mediators Continued: Studies Two and Three*. Negotiation Journal 2007.

Heemskerk e.a. 2015

W.H. Heemskerk, W. Hugenholtz, *Hoofddlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, 24^e druk, Dordrecht: Convoy Uitgevers 2015.

Jacobs 1998

W.A. Jacobs, *ADR en consument: een rechtsvergelijkende studie naar de mogelijkheden van alternatieve geschillenoplossing*, Deventer: Wolters Kluwer 1998.

Klaassen e.a. 2019

C.J.M. Klaassen, G.J. Meijer & C.L. Schleijpen (red.), *Going Dutch: ADR in Nederland, in het bijzonder bij het NAI (Onderneming en recht nr. 113)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Kwaak, van der, 2015

D.J. van der Kwaak, *Een theorie van het privaatrecht (Monografieën Privaatrecht nr. 17)*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Lindijer 2006

V.C.A. Lindijer, *De goede procesorde. Een onderzoek naar de betekenis van de goede procesorde als normatief begrip in het burgerlijk procesrecht (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. IV) (diss. Groningen)*, Deventer: Kluwer 2006.

Mierloo, van, T&C Rv 2017

A.I.M. van Mierloo, 'commentaar op art. 19 Rv', in: *T&C Rv*, Deventer: Wolters Kluwer 2017 (online, bijgewerkt tot 01 januari 2020)

Nijland GS 2019

J. Nijland, 'Goed opdrachtnemerschap', in: C.G. Breedveld-de Voogd & S.E. Bartels (red.), *GS Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Wolters Kluwer 2019 (online, bijgewerkt tot 23 december 2019)

Poitras 2009

J. Poitras, 'What Makes Parties Trust Mediators?', *Negotiation Journal* 2009, afl. 25, p. 307-325.

Santing-Wubs 2012

A.H. Santing-Wubs, *Mediation in juridisch perspectief (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 7)*, Deventer: Kluwer 2012.

Scheltema 2015

T. Scheltema, 'Wat maakt een mediator?', dossier mediaiton 2015.

Schonewille 2012

M.A. Schonewille, *Toolkit Mediation: Resultaat bereiken als manager, mediator en onderhandelaar*. Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2012.

Soeteman 2009

A. Soeteman, 'Rechtsbeginselen en positivisme!?', *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 2009, af. 1, p. 5-10.

Stein e.a. 2011

P.A. Stein, A.S. Rueb, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, 18^e druk, Deventer: Kluwer 2011.

Veld, van der, V&O 2012, p. 141-145

P. van der Veld, 'Mediation in zakelijke geschillen', *V&O* 2012, afl. 10, p. 141-145.

Verbunt e.a. *Contracteren* 2004

B.E.L.J.C. Verbunt en J.E. Polet, 'Het opstellen van een mediationovereenkomst; enkele verbintenisrechtelijke aandachtspunten'. *Contracteren* 2004.

Zeijden, van der & Vogels 2019

P. van der Zeijden, R. Vogels, *De Nederlandse Mediationmarkt*, Zoetermeer: Panteia 2019.

7. Overige bronnen

Parlementaire stukken

Tweede kamer

Kamerstukken II 2012/13, 33723, 1
Kamerstukken II 2012/13, 33723, 2
Kamerstukken II 2012/13, 33723, 3
Kamerstukken II 2013/14, 33723, 5
Kamerstukken II 2014/15, 33722, 8
Kamerstukken II 2014/15, 33723, 10
Kamerstukken II 2014/15, 33722, 24

Jurisprudentie

Europees Hof van de Rechten van de Mens

EHRM 23 oktober 1985, nr. 8848/80
EHRM 29 april 1988, nr. 10328/83
EHRM 7 september 2017, nr. 40562/12

Hof van Justitie van de Europese Unie

HvJ EU 4 juni 2009, C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350

Hoge Raad

HR 3 december 1971, ECLI:NL:PHR:1971:AB6788
HR 13 september 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0334
HR 27 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2407

Rechtbank

Rechtbank Rotterdam, 12 september 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY3754

Tuchtcommissie van de Stichting Tuchtrechtspraak Mediators

De Tuchtcommissie 10 november 2017, nr. M-2017-8,
De Tuchtcommissie 22 juni 2018, M-2018-3
De Tuchtcommissie 14 september 2018, nr. M-2018-4
De Tuchtcommissie 14 september 2018, nr. M-2018-5
De Tuchtcommissie 14 september 2018, nr. M-2018-6
De Tuchtcommissie 1 augustus 2019, nr. M-2018-16

Elektronische bronnen

Dalen, van

https://www.vandale.nl/gratis-woordenboek/nederlands/betekenis/mediation#.XihH_i3WA1I

Laatst geraadpleegd op 22 januari 2020

<https://www.vandale.nl/gratis-woordenboek/nederlands/betekenis/leiden#.Xim4ii3WA1I>

Laatst geraadpleegd op 23 januari 2020.

<https://www.vandale.nl/gratis-woordenboek/nederlands/betekenis/mediator#.Xim-Vi3WA1I>

Laatst geraadpleegd op 23 januari 2020.

<https://www.vandale.nl/gratis-woordenboek/nederlands/betekenis/bemiddelen#.Xim4US3WA1I>

Laatst geraadpleegd op 23 januari 2020

Mediators Federatie Nederland

<https://mediatorsfederatienederland.nl/wie-is-mfn/>

Laatst geraadpleegd op 28 januari 2020.

<https://mfregister.nl/login-registermediator/beroepsprofiel/>

Laatst geraadpleegd op 28 januari 2020.

<https://mfregister.nl/mfn-registermediator-worden/waarom-mfn-registermediator-worden/>

Laatst geraadpleegd op 28 januari 2020.

<https://mfregister.nl/login-registermediator/klacht-mfn-registermediator/>

Laatst geraadpleegd op 30 januari 2020

<https://mfregister.nl/over-skm-mfn/>

Laatst geraadpleegd op 20 mei 2020.

<https://mfregister.nl/login-registermediator/onderhoudseisen/>

Laatst geraadpleegd op 20 mei 2020.

Stichting Tuchtrechtspraak Mediators

<https://mediationtuchtrecht.nl>

Laatst geraadpleegd op 20 mei 2020.

8. Bijlagen:

Bijlage 1: Brief ter beantwoording

Ministerie van Justitie en Veiligheid

> Retouradres Postbus 20301 2500 EH Den Haag

Aan de voorzitter van de Tweede Kamer
der Staten-Generaal
Postbus 20018
2500 EA DEN HAAG

**Directoraat-Generaal
Rechtspleging en
Rechtshandhaving**
Directie Rechtsbestel
DRB/RG
Turfmarkt 147
2511 DP Den Haag
Postbus 20301
2500 EH Den Haag
www.rijksoverheid.nl/jenv

Ons kenmerk
2501883

Datum 11 maart 2019
Onderwerp Schriftelijk overleg inzake buitengerechtelijke geschilbeslechting en
herstelrecht

*Bij beantwoording de datum
en ons kenmerk vermelden.
Wilt u slechts één zaak in uw
brief behandelen.*

Hierbij antwoord ik, mede namens de minister van Justitie en Veiligheid, op de vragen en opmerkingen van de vaste commissie Justitie en Veiligheid over een drietal brieven die door ons aan de Kamer zijn gestuurd. Het gaat om de brieven van ondergetekende over buitengerechtelijke geschilbeslechting en herstelrecht¹, een reactie op de proeve van wetgeving 'Herstelgerichte afdoening via bemiddeling in strafzaken'² en een reactie op het artikel 'Buiten de rechter om?' van de minister van Justitie en Veiligheid³. De vragen en opmerkingen zijn afkomstig van de leden van de fracties van VVD, CDA, D66, SP, ChristenUnie en SGP.

Buitengerechtelijke geschilbeslechting en herstelrecht

In de brief van 11 juli 2018 heb ik uiteengezet waarom ik het wenselijk vind om steviger in te zetten op het versterken van het vermogen van mensen om zelf geschillen op te lossen en het gebruik van buitengerechtelijke geschiloplossing te stimuleren. Mijn doel is de problemen van rechtzoekenden zoveel mogelijk écht op te lossen. De gang naar de rechter blijft verzekerd voor iedereen, maar we zien ook dat door de uitspraak van een rechter de problemen van mensen lang niet altijd opgelost zijn. Informele en eenvoudige geschilbeslechttingsmogelijkheden kunnen er aan bijdragen dat problemen wel opgelost worden. De leden van de fracties hebben over deze brief een aantal vragen gesteld, die ik gebundeld per onderwerp zal beantwoorden.

Mediation

Er zijn door leden van de VVD-, de CDA- en de SGP-fractie nadere vragen gesteld over het conceptwetsvoorstel inzake mediation dat onder verantwoordelijkheid van mijn ambtsvoorganger is opgesteld. De vragen zien op het tijdstip waarop de Kamer wordt geïnformeerd en of het huidige voorstel wordt voortgezet. De consultatie heeft, zoals u ook opmerkt in uw vragen, geleid tot sterk uiteenlopende en deels tegenovergestelde reacties. Als bezwaren zijn onder meer aangevoerd dat het conceptwetsvoorstel zou leiden tot overbodige regulering, tot een onwenselijke jurisdisering van het beroep van mediator, dat er teveel of juist

¹ Kamerstukken II 2017/18, 34775-VI, nr. 115 (brief van 11 juli 2018).

² Kamerstukken II 2018/19, 29279, nr. 462 (brief van 17 oktober 2018).

³ Kamerstukken II 2018/19, 29279, nr. 458 (brief van 1 oktober 2018).

te weinig overheidsbemoeienis is, dat het onvoldoende maatregelen bevat die mediation bevorderen en dat onvoldoende onderbouwd is waarom juist mediation (als één van de vormen van geschilbeslechting waar rechtzoekenden voor kunnen kiezen) gestimuleerd dient te worden. Na de consultatie van het conceptwetsvoorstel inzake mediation heeft een groep van mediators en wetenschappers samen met het bestuur van de Mediatorsfederatie Nederland (MfN) de krachten gebundeld om te kijken of zij een aantal gezamenlijk gedragen uitgangspunten kunnen formuleren ten behoeve van wettelijke maatregelen ter bevordering van mediation. Dit verslag van de gedeelde uitgangspunten is zeer recent aan mij aangeboden. De komende periode benut ik om de uitgangspunten te bestuderen en te onderzoeken of deze op een breder draagvlak kunnen rekenen. Mede op basis daarvan zal ik besluiten over het vervolg van het conceptwetsvoorstel. Ik informeer uw Kamer zo spoedig mogelijk.

**Directoraat-Generaal
Rechtspleging en
Rechtshandhaving**
Directie Rechtsbestel
DRB/RG

Datum
11 maart 2019

Ons kenmerk
2501883

De leden van de SP-fractie vragen mij om een reactie op het in juli 2018 verschenen artikel 'Van in gebreke naar in verbinding' in het Nederlands Juristenblad over conflictoplossing en de rol van mediation daarin.⁴ Met dit artikel leveren de auteurs een waardevolle bijdrage aan de discussie over de wijze waarop alternatieve geschilbeslechting, in het bijzonder mediation, gestimuleerd kan worden. De auteurs van dit artikel hebben ook bijgedragen aan het nadien verschenen verslag met gezamenlijk gedeelde uitgangspunten. Mede op basis van dit verslag zal ik, als gezegd, besluiten over het vervolg van het conceptwetsvoorstel.

De leden van de CDA-fractie vragen of ik kan aangeven welk belang en welke plek niet-professionele mediators in mijn visie hebben in het hele kader van de buitengerechtelijke geschilbeslechting. Ook vragen deze leden om op hoofdlijnen een overzicht te verschaffen van het aanbod van niet-professionele vormen van geschilbeslechting. Waar burgers, organisaties of bedrijven in staat zijn om zelf, al dan niet met behulp van mediation in de eigen omgeving (wijk en vereniging), in staat zijn om zelf problemen ter hand te nemen, juich ik dit van harte toe. Ik heb veel waardering voor wat door vrijwilligers wordt gedaan in het kader van bijvoorbeeld buurt- en wijkbemiddeling. Dit gebeurt overal in het land, op grotere of juist kleinere schaal. Soms wordt hier bekendheid aan gegeven, maar vaak ook niet. De kracht van deze vormen van geschiloplossing is dat het eigen en vaak bijzonder laagdrempelige initiatieven zijn. Juist omdat het gaat om geschilbeslechting die laagdrempelig, dicht bij de mensen en niet geformaliseerd is, heb ik geen volledig beeld van de aard en de omvang. Het schetsen van een overzicht waar de leden van de CDA-fractie om vragen is om die reden niet goed te realiseren.

De leden van de CDA-fractie vragen ook of het in de praktijk problemen oplevert dat het beroep van mediator geen wettelijk beschermd beroep is. In het verlengde van deze vraag ligt het vraagstuk van het nut en de noodzaak van een wettelijke regulering van mediation. Dit vraagstuk stond centraal in het conceptwetsvoorstel inzake mediation dat in consultatie is gegaan. Ook op het punt van het nut en de noodzaak waren de reacties erg uiteenlopend. Daarom onderzoek ik of wettelijke regulering nuttig, wenselijk en haalbaar is. Als gezegd informeer ik uw Kamer hierover zo spoedig mogelijk.

⁴ J.M. Barendrecht, P. Ingelse, F. Schonewille, J. de Waart en F. van Zomeren, Van 'in gebreke' naar 'in verbinding', NJB 2018, afl. 26, p. 1298 e.v.

Gedragsregels voor de MfN-registermediator

Deze gedragsregels zijn een richtlijn voor het gedrag van de MfN-registermediator. Zij dienen tevens als informatievoorziening voor betrokkenen en als maatstaf voor de tuchtrechter bij het toetsen van het handelen van de Mediator¹.

1 – Beroepsethiek en integriteit

De Mediator gedraagt zich zoals van een behoorlijk Mediator mag worden verwacht.

Toelichting

Deze gedragsregel is de basis voor het optreden van de mediator en de kapstok voor alle overige gedragsregels, die daarvan een uitwerking zijn. Integriteit is een kernwaarde voor de mediator. Van de mediator mag worden verwacht dat hij zijn professionele code en de algemene sociale en ethische normen en waarden naleeft en handhaaft, ook bij druk van buitenaf om hiervan af te wijken. De mediator treedt tenminste op als een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator.

2 – Transparantie

De Mediator verschaft Partijen duidelijkheid over het mediationproces.

Toelichting

Transparant handelen houdt in dat de mediator partijen duidelijkheid verschaft over het mediationproces, inclusief zijn eigen rol daarin. De mediator maakt kwesties met of tussen partijen bespreekbaar en is duidelijk over zijn aanpak en wat partijen van hem mogen verwachten. Openheid en duidelijkheid zijn essentieel voor het opbouwen van vertrouwen en een goede werkkrelatie met partijen. De mediator voorkomt hiermee ook moeilijkheden in een later stadium.

3 – Partijautonomie

- 3.1 De Mediator zorgt dat de autonomie van Partijen is gewaarborgd.
- 3.2 De Mediator doet geen uitspraak over de Kwestie.

Toelichting

De mediator bewaakt de autonomie van partijen en toetst hun commitment en vrijwillige deelname aan de mediation. De partijen maken zelf hun keuzes en dragen daarvoor ook de verantwoordelijkheid. De mediator staat tussen de partijen en ondersteunt hen in het maken van hun keuzes en het zoeken naar een oplossing. De mediator kan partijen daarbij waar

¹ De met een hoofdletter aangeduide begrippen in deze Gedragsregels verwijzen naar de definities van het MfN-Mediation Reglement 2008, artikel 1.

nodig informatie verstrekken, zodat zij zich een weloverwogen beeld kunnen vormen en hun positie kunnen bepalen.

De mediator doet geen uitspraak over de kwestie of een onderdeel daarvan. Hij neemt dus geen beslissing over de inhoud van het conflict tussen partijen. De mediator is ook terughoudend in het geven van zijn mening of het geven van advies over wat een partij wel of niet zou moeten doen. Een mening of advies is doorgaans niet waarde vrij en onpartijdig en verdraagt zich lastig met de partijautonomie en de neutrale rol van de mediator. De mediator wijst partijen zo nodig op de mogelijkheid om externe adviseurs of deskundigen te raadplegen tijdens de mediation.

In het geval de mediator op uitdrukkelijk verzoek van alle partijen toch een al dan niet bindende uitspraak wil doen, zal hij duidelijk afstand moeten doen van zijn rol als mediator. Het moet voor partijen duidelijk zijn in welke hoedanigheid hij optreedt. Zo mogelijk legt de mediator deze rolwisseling schriftelijk vast.

4 – Onafhankelijkheid

- 4.1 De Mediator stelt zich onafhankelijk op. Hij heeft geen belang dat zijn onafhankelijkheid zou kunnen aantasten.
- 4.2 Indien de Mediator de Kwestie niet op een onafhankelijke wijze kan begeleiden, aanvaardt hij de opdracht niet of trekt hij zich terug.

Toelichting

De mediator die een belang bij de mediation heeft dat zijn onafhankelijkheid in de weg staat of zou kunnen staan, neemt zijn benoeming niet aan. Dit belang zou kunnen liggen in een persoonlijke of zakelijke relatie die de mediator of één van zijn kantoorgenoten heeft of heeft gehad met partijen of met één van hen, of in de uitkomst van de mediation. Hij dient zich ook bewust te zijn van de mogelijke schijn van afhankelijkheid en daar naar te handelen. De mediator verschaft partijen duidelijkheid over zijn positie indien zijn onafhankelijkheid ter discussie staat of zou kunnen staan. Vervolgens vraagt hij partijen of zij op deze basis met hem verder willen. De mediator waakt ervoor dat hij zijn onafhankelijkheid zowel tijdens als na de mediation bewaart. Zo nodig trekt hij zich terug.

5 – Onpartijdigheid

- 5.1 De Mediator is er voor alle Partijen. Hij is onpartijdig en handelt zonder vooringenomenheid.
- 5.2 Indien de Mediator de Kwestie niet op een onpartijdige wijze kan begeleiden, aanvaardt hij de opdracht niet of trekt hij zich terug.

Toelichting

Kenmerkend voor de mediator is zijn neutrale, onpartijdige rol. De mediator is er voor alle partijen. Hij heeft een vertrouwenspositie ten opzichte van elk van hen. De mediator geeft in woord en daad geen blijk van een voorkeur voor of van afkeuring van (één van) partijen en handelt zonder vooringenomenheid jegens hen. Het vertrouwen bij partijen dat de mediator onpartijdig is, is essentieel voor de kwaliteit van het mediationproces.

De mediator treedt alleen in die kwesties op waarin hij zijn onpartijdigheid kan bewaren. Hij waakt er steeds voor dat zijn onpartijdigheid niet wordt aangetast door vooringenomenheid, gebaseerd op bijvoorbeeld persoonlijke kenmerken, positie, religie of achtergrond of door een oordeel over door partijen ingebrachte standpunten of belangen.

Van de mediator mag worden verwacht dat hij zichzelf kritisch volgt en zijn neutrale, onpartijdige positie doorlopend bewaakt. Als het voor de mediator onmogelijk is de mediation op een onpartijdige wijze te begeleiden, dan trekt hij zich daaruit terug.

6 – Vertrouwelijkheid

- 6.1 De Mediator waarborgt de vertrouwelijkheid van de Mediation.
- 6.2 De Mediator heeft een geheimhoudingsplicht.
- 6.3 De geheimhoudingsplicht duurt voort na de beëindiging van de Mediation.

Toelichting

Uitgangspunt is dat alles wat tijdens een mediation mondeling en schriftelijk wordt uitgewisseld, vertrouwelijk is. Deze informatie mag niet buiten de mediation tijdens of na afloop van de mediation worden gebruikt, tenzij partijen daarover expliciet afwijkende afspraken maken met elkaar en met de mediator bijvoorbeeld indien terugkoppeling nodig is voor de voortgang van de mediation. Informatie die al openbaar of bekend was voor de mediation valt buiten de geheimhoudingsplicht. De geheimhoudingsplicht geldt voor alle betrokkenen bij het mediationproces en voor de mediator in het bijzonder als eerstverantwoordelijke voor het waarborgen van de vertrouwelijkheid.

De mediator heeft een geheimhoudingsplicht ten aanzien van alles wat hij in zijn hoedanigheid als mediator verneemt in zijn gesprekken met partijen en hun adviseurs, zowel plenair als afzonderlijk. Zijn geheimhoudingsplicht geldt ook voor verkennende gesprekken met partijen vóórdat met hen een mediationovereenkomst is gesloten. Een terugkoppeling van informatie door de mediator naar verwijzers of opdrachtgevers die verder gaat dan een kennisgeving van beëindiging van de mediation, gebeurt uitsluitend in overleg en met instemming van alle partijen.

De geheimhoudingsplicht van de mediator vervalt voor zover de mediator dit nodig heeft om zich te verweren in procedures, inclusief klacht- of tuchtprocedures.

Op de geheimhoudingsplicht van de mediator worden enkele uitzonderingen gemaakt die te vinden zijn in het MfN-Mediation Reglement 2008.

7 – Competentie

De Mediator neemt een Mediation alleen aan wanneer hij over de nodige kwaliteiten beschikt om de Mediation goed te laten verlopen.

Toelichting

Van een mediator mag verwacht worden dat hij beschikt over de kennis, vaardigheden, beroepshouding en de persoonlijke kwaliteiten die nodig zijn om een goed verloop van de mediation te waarborgen. Is dat niet of in onvoldoende mate het geval, dan neemt hij de mediation niet aan. Mocht de mediator de zaak al hebben aangenomen, dan trekt hij zich terug.

Tot de van de mediator te verwachten kennis hoort kennis van communicatie en conflictoplossing, onderhandelingsconcepten en interventietechnieken. De te verwachten kennis kan ook inhoudelijke deskundigheid zijn op het terrein waarop het conflict zich afspeelt indien partijen de mediator juist met het oog daarop hebben benoemd. De vaardigheden die van de mediator verwacht mogen worden zijn bijvoorbeeld interventietechnieken gericht op het verbeteren van de communicatie tussen partijen, het verhelderen van het probleem en de betrokken emoties en belangen en de begeleiding van de onderhandelingen tussen partijen. De mediator beschikt ook over meer technische vaardigheden, zoals het bespreken en afsluiten van een mediationovereenkomst en het (laten) vastleggen van afspraken in een vaststellingsovereenkomst.

Essentie van de beroepshouding is dat de mediator integer en betrouwbaar is, zijn vak naar beste kunnen uitoefent en de bereidheid heeft om zich doorlopend bij te scholen en verder te ontwikkelen als mediator. Persoonlijke kwaliteiten zijn essentieel voor de mediator. Van de mediator mag verwacht worden dat hij evenwichtig, flexibel, empathisch en doortastend is en dat hij goed kan opereren in een context waarin druk en tegenstrijdige belangen een onmiskenbare rol spelen.

8 – Werkwijze

- 8.1 De Mediator is verantwoordelijk voor het mediationproces en bewaakt het verloop daarvan.
- 8.2 De Mediator sluit voorafgaand aan de Mediation met alle Partijen een schriftelijke Mediationovereenkomst die tenminste de vertrouwelijkheid en vrijwilligheid omvat.

- 8.3 De Mediator betreft geen derden bij de Mediation, behoudens met toestemming van Partijen.

Toelichting

De essentie van de taak van de mediator is het bewaken van het mediationproces. De mediator behandelt de mediation met de nodige voortvarendheid en maakt daarvoor voldoende tijd beschikbaar. Hij geeft uitleg over het mediationproces, de inhoud van de mediationovereenkomst en het Reglement. De mediator verifieert of partijen begrijpen welke voorwaarden en consequenties er aan ondertekening van de mediationovereenkomst zijn verbonden. De mediator zorgt voor een evenwichtige behandeling van de kwestie en bevordert zoveel mogelijk dat iedere partij op gelijkwaardige wijze aan bod komt, in voldoende mate toegang heeft tot de benodigde informatie en de ruimte heeft om zo nodig financiële, juridische, psychologische of andere adviseurs te raadplegen.

De mediator is verantwoordelijk voor de contractuele vastlegging in de mediationovereenkomst van de geheimhoudingsplicht van partijen en hemzelf. Partijen hebben geen wettelijke geheimhoudingsplicht. De geheimhoudingsplicht van partijen dient er primair voor om te bevorderen dat zij vrijuit kunnen spreken tijdens de mediationgesprekken en dat vertrouwen kan worden opgebouwd. Partijen bepalen samen de omvang van de geheimhoudingsplicht. Zij beoordelen of het voor de voortgang van de mediation nodig is dat met bepaalde personen buiten de mediationtafel overleg plaats heeft. De mediator draagt er zorg voor dat de omvang van de geheimhoudingsplicht wordt vastgelegd.

De mediator draagt er zorg voor dat derden die bij de mediation worden betrokken, een geheimhoudingsverklaring tekenen. De toestemming van partijen is niet nodig voor secretariële ondersteuning van de mediator bedoeld in artikel 6.1 van het Reglement.

9 – Tarief en kosten

- 9.1 De Mediator maakt met Partijen vooraf een afspraak over zijn tarief en de bijkomende kosten en legt deze afspraak vast in de Mediationovereenkomst.
9.2 Het is de Mediator toegestaan een vast bedrag voor de Mediation af te spreken.
9.3 De Mediator zorgt voor een duidelijke, inzichtelijke declaratie.

Toelichting

Bij de start van de mediation maakt de mediator een duidelijke afspraak over zijn tarief (of een vast bedrag voor de mediation) en eventuele bijkomende kosten. De mediator spreekt met partijen af wie de kosten van de mediation draagt. De mediator specificeert zijn declaratie op een heldere manier. Hij houdt een verrichtingenstaat bij en legt deze desge-

vraagd over, zodat het voor partijen inzichtelijk is voor welke werkzaamheden hij welke kosten in rekening brengt.

10 – Tuchtrect

De Mediator is onderworpen aan het tuchtrect conform het Reglement Stichting Tuchtrectspraak Mediators.

Toelichting

Iedere mediator die tijdens de aanvang van een mediation in het MfN-Register staat ingeschreven, is aan dit tuchtrect onderworpen.

Toelichting bij het MfN-Mediationreglement

Artikel 1 - Definities

In de definities is het begrip "geschil" vervangen voor "kwestie". Dat is gedaan omdat niet iedere mediation een geschil betreft. Een mediation kan ook gericht zijn op het tot stand brengen van een relatie, in plaats van het herstellen van een relatie (artikel 1a). De definitie van mediationovereenkomst maakt nu expliciet het vereiste dat die schriftelijk overeengekomen worden (artikel 1d).

Artikel 2 - Benoeming mediator

Basisprincipe is dat partijen zelf een mediator aanwijzen. Als zij toch de hulp van het register willen bij het maken van een selectie, dan is dat mogelijk. Zij kunnen dan een schriftelijk verzoek indienen bij het secretariaat. Het secretariaat stuurt partijen vervolgens een lijst op met in aanmerking komende mediators. Partijen kunnen uit deze lijst een gezamenlijke keuze maken en mogen contact opnemen met de mediator. Wanneer partijen niet tot een gezamenlijke keuze komen, kunnen partijen het secretariaat verzoeken een voorstel te doen voor een door partijen te benoemen mediator.

Artikel 3 – Aanvang mediation

Formeel vangt de mediation aan als de mediationovereenkomst door partijen en de mediator is ondertekend. Men kan van deze regel afwijken als partijen en de mediator dat schriftelijk overeenkomen in de mediationovereenkomst. Het tijdstip waarop een mediation aanvangt is van belang, omdat vanaf dat moment het reglement van toepassing is.

Artikel 4 – Werkzaamheden mediator en procesbegeleiding

In het reglement is een bepaling opgenomen over de werkzaamheden van de mediator en procesbegeleiding. In de praktijk bleek dat partijen zich niet altijd realiseren welke activiteiten tot de werkzaamheden van een mediator kunnen horen. Om partijen iets meer duidelijkheid te verschaffen, is er een bepaling over de (mogelijke) werkzaamheden van de mediator opgenomen. De vraag welke activiteiten tot de werkzaamheden van de mediator behoren, is relevant voor onder andere de tijdsbesteding (dus ook het honorarium) van de mediator (artikel 4.1).

De mediator bepaalt, na overleg met partijen, de wijze waarop de mediation wordt gevoerd. Dit overleg kan zowel voor als na het sluiten van de mediationovereenkomst plaatsvinden (artikel 4.2).

Lid 3 bepaalt dat de mediator de mogelijkheid heeft om afzonderlijk en vertrouwelijk met partijen te communiceren.

Volgens lid 4 dienen zowel partijen als de mediator zich ervoor in te spannen dat de mediation voortvarend verloopt. Met voortvarendheid wordt bedoeld op progressie in het proces. Zowel de mediator als partijen voorkomen dat het mediationproces stagneert.

Artikel 5 – Vrijwilligheid

De mediation vindt plaats op vrijwillige basis. Zowel de partijen als de mediator kunnen de mediation op ieder moment beëindigen.

Uit lid 2 blijkt dat mediation niet vrijblijvend is. Als partijen afspreken om via mediation een kwestie op te lossen, moet die afspraak in beginsel begrepen worden als bindend en afdwingbaar. Mediation is in dat geval niet vrijblijvend.

Artikel 6 – Beslotenheid

De mediation vindt in beslotenheid plaats: in beginsel zijn alleen de mediator, partijen en eventuele vertegenwoordigers en adviseurs bij een mediation betrokken. Als er andere personen (anders dan voornoemde personen) bij de mediation worden betrokken, dan is de toestemming van partijen vereist. Het is algemeen erkend dat om de slagingskans van een mediation te vergroten, minstens één vertegenwoordiger van iedere partij bevoegd moet zijn om die partij rechtsgeldig te vertegenwoordigen en ook om een bindende overeenkomst als bedoeld in 10.1 te ondertekenen.

Ondanks dat iedere deelnemer aan de mediation recht heeft op vertegenwoordiging tijdens de mediation, is het van belang dat er te allen tijde overeenstemming is tussen de mediator en partijen over de personen die betrokken worden bij de mediation. Een belangrijk uitgangspunt van mediation is namelijk de vrijwilligheid, zie artikel 5 van het reglement.

De mediator draagt er zorg voor dat alle personen die bij de mediation worden betrokken, een geheimhoudingsverklaring tekenen. Aan dit vereiste wordt voor wat betreft de mediator en de partijen in veel gevallen al voldaan door ondertekening van de mediationovereenkomst. Daarnaast verdient het aanbeveling ook de eventuele advocaten van partijen een geheimhoudingsverklaring te laten tekenen. De mediator heeft geen toestemming van partijen nodig voor secretariële ondersteuning van de mediator zoals bedoeld in lid 1 van dit artikel.

Artikel 7 – Geheimhouding

De mediationovereenkomst, de in artikel 10.1 bedoelde overeenkomst en digitale bestanden in welke vorm dan ook, zijn vertrouwelijk (artikel 7.2 en 7.3).

Lid 6 bepaalt dat hetgeen in de artikelen 7.1 t/m 7.5 opgenomen is, zijn geldigheid verliest in een aantal specifieke uitzonderingsgevallen. In deze situaties is een nog hoger belang dan de vertrouwelijkheid van mediation in het geding. De geheimhoudingsplicht voor alle betrokkenen vervalt bijvoorbeeld in het geval van een klacht-, tucht- of aansprakelijkheidsprocedure tegen de mediator, voor zover nodig om de klacht te behandelen. De mediator mag zich tegen de vorderingen in deze procedures verweren.

Artikel 8 – Einde mediation

Het tijdstip van beëindiging van een mediation speelt een rol bij het moment van het aanhangig maken van een gerechtelijke procedure of bij de termijn een klacht in te dienen conform de Klachtenregeling MfN-register. Tijdens de duur van de mediation mogen partijen bijvoorbeeld geen procedure tegen elkaar starten, maar na het beëindigen van de mediation mag dat wel (artikel 8.1).

Lid 2 bepaalt dat de geheimhoudingsplicht en betalingsplicht van partijen blijven bestaan, ook na beëindiging van de mediation. Partijen dienen na de mediation nog steeds vertrouwelijk om te gaan met hetgeen dat tijdens de mediation is besproken.

Artikel 9 – Andere procedures

Als er vóór de mediation een gerechtelijke procedure loopt, dan wordt deze opgeschort voor de duur van de mediation. Tijdens de mediation zullen partijen geen procedures aanhangig maken jegens elkaar. Maatregelen ter bewaring van rechten (zoals beslaglegging of het instellen van hoger beroep) mogen wel via een gerechtelijke procedure genomen worden.

Artikel 10 – Vastlegging van het resultaat van de mediation

Het is de taak van de mediator om de afspraken van partijen deugdelijk vast te leggen in een overeenkomst. Wat precies onder deugdelijke vastlegging moet worden verstaan hangt onder andere af van de omstandigheden van het geval en van partijen. Een deugdelijke vastlegging is in ieder geval duidelijk geformuleerd en is niet voor tweërlei uitleg vatbaar. De partijen zijn zelf verantwoordelijk voor de inhoud van hun afspraken. De mediator ziet er op toe dat alle voor de kwestie belangrijke punten in de slotafspraken aan de orde komen, inclusief de vertrouwelijke status van de overeenkomst. Partijen bepalen namelijk gezamenlijk in hoeverre (de inhoud van) de overeenkomst vertrouwelijk is. Dit dient schriftelijk te worden vastgelegd. Indien er (om wat voor reden dan ook) geen afspraken worden gemaakt over de vertrouwelijke status van de overeenkomst, dan geldt dat de overeenkomst in beginsel vertrouwelijk is. In elk geval mag de inhoud van de afgesloten overeenkomst wel aan de rechter worden voorgelegd indien dat noodzakelijk is om nakoming daarvan te vorderen.

Het reglement spreekt bewust niet van een "vaststellingsovereenkomst". Niet alle vastgelegde afspraken hebben namelijk de vorm van een vaststellingsovereenkomst. De mediator kan een expert inschakelen om hem te helpen bij het vastleggen van de afspraken in een overeenkomst. Dit is met name bedoeld voor mediators die onvoldoende juridische of technische kennis bezitten om specifieke onderwerpen vast te leggen. Ook partijen hebben het recht om zich te laten bijstaan door een externe deskundige. Nu dit is vastgelegd kunnen partijen achteraf niet meer klagen dat zij niet begrepen welke de consequenties of bewoordingen van de overeengekomen afspraken zijn.

Artikel 11 - Beperking aansprakelijkheid

De volledige uitsluiting van aansprakelijkheid is mede door de eisen van het consumentenrecht vervangen voor een nieuwe regeling van de aansprakelijkheid. De nieuwe regeling van de aansprakelijkheid voor mediators sluit aan bij de regelingen van andere professionele dienstverleners. Gevolg is dat het voor de mediator zeer belangrijk is om een beroepsaansprakelijkheidsverzekering af te sluiten. Zonder deze verzekering zal de mediator in geval van verwijtbaar gedrag de schade dan zelf dienen te vergoeden.

Artikel 12 – Gedragsregels en klachten

De mediator dient zich te gedragen conform de Gedragsregels voor de MfN-registermediator. Het MfN-model mediationovereenkomst gaat ervan uit dat partijen een exemplaar van de Gedragsregels ontvangen vóór aanvang van de mediation. Het is belangrijk dat als een partij een klacht heeft, de klacht spoedig wordt ingediend. De relevante feiten liggen dan nog vers in het geheugen van de betrokkenen. Een termijn van twaalf maanden is dan een redelijke termijn.

Artikel 13 - Niet voorziene gevallen

Het reglement biedt de mediator en partijen een kader waarbinnen mediation kan worden gehouden. Er is bewust voor gekozen niet alles te regelen en vast te leggen. In de gevallen waarin in het reglement niets is geregeld, beslist de mediator. De mediator handelt daarbij in overeenstemming met de strekking van het reglement. Van de mediator wordt dan verwacht dat hij voortvarend omgaat met de mediation, dat er progressie in blijft zitten.

Artikel 14 - Wijziging van het reglement c.q. afwijken van het reglement

Partijen en de mediator hebben de mogelijkheid van het reglement af te wijken. Er gelden wel randvoorwaarden voor de mediator, zoals kan blijken uit de Gedragsregels. Als partijen in een contractueel mediationbeding bijvoorbeeld afspreken af te wijken van bepaalde regelingen in het reglement, dan kan de mediator zijn uitdrukkelijke instemming daarmee verlenen door aanvaarding van de opdracht bij ondertekening van de mediationovereenkomst.

Artikel 15 - Toepasselijk recht

Op het reglement en op de in artikel 10.1 bedoelde overeenkomst is het Nederlandse recht van toepassing, tenzij partijen in de overeenkomst anders hebben bepaald.





MfN-Mediationreglement

Artikel 1 - Definities

In dit reglement wordt verstaan onder:

- a. kwestie: de in de mediationovereenkomst omschreven kwestie.
- b. certificerende instelling: de instelling die certificaten van vakbekwaamheid uitdeelt aan mediators op basis van een door de MfN erkend of aanvaard certificatieschema.
- c. mediation: procedure waarbij de partijen zich inzetten om, onder begeleiding van een mediator, hun kwestie op te lossen met toepassing van het reglement.
- d. mediationovereenkomst: de schriftelijke overeenkomst waarin de partijen afspreken zich in te spannen om de kwestie door mediation op te lossen en de mediator de opdracht verlenen om in de kwestie als mediator op te treden en de mediator deze opdracht aanvaardt.
- e. mediator: degene die de mediation begeleidt en die staat ingeschreven in het MfN-register.
- f. SKM: Stichting Kwaliteit Mediators, de stichting die het MfN-register beheert en uitvoert.
- g. MfN: Mediatorsfederatie Nederland.
- h. partij(en): de partijen die wensen de kwestie door middel van mediation op te lossen.
- i. register: het MfN-register.
- j. reglement: dit reglement.
- k. secretariaat: het secretariaat van het MfN-register.

Artikel 2 - Benoeming mediator

- 2.1 De partijen wijzen zelf een mediator aan.
- 2.2 Indien de partijen de hulp van het register wensen bij de keuze van een mediator, dienen zij een schriftelijke aanvraag in bij het secretariaat. De aanvraag bevat de namen, (e-mail)adressen, telefoonnummers van de partijen en hun eventuele vertegenwoordigers, alsmede een globale omschrijving van de kwestie.
- 2.3 Na ontvangst van de aanvraag zendt het secretariaat aan de partijen:
 - a. een lijst met mediators die, gezien de omschrijving van de kwestie en/of de door de partijen opgegeven relevante criteria, in aanmerking komen;
 - b. een exemplaar van het reglement en de Gedragsregels voor de MfN-register mediator.
- 2.4 De partijen maken uit bedoelde lijst een gezamenlijke keuze. De partijen mogen dan rechtstreeks contact met de mediator opnemen. Indien de partijen niet zelf rechtstreeks contact op wensen te nemen, berichten de partijen het secretariaat schriftelijk welke mediator zij hebben gekozen.

Mediatorsfederatie

- Na ontvangst hiervan informeert het secretariaat de mediator omtrent de aanvraag en de gemaakte keuze zodat de mediator vervolgens contact kan opnemen met de partijen.
- 2.5 Komen de partijen niet tot een gezamenlijke keuze, dan kunnen zij het secretariaat (gezamenlijk) verzoeken een schriftelijk voorstel te doen voor een door de partijen te benoemen mediator.
- 2.6 Bij aanvaarding van de opdracht stelt de mediator een mediationovereenkomst op. De partijen en de mediator ondertekenen de mediationovereenkomst.

Artikel 3 – Aanvang mediation

De mediation vangt meteen aan na ondertekening van de mediationovereenkomst door de partijen en de mediator, tenzij een ander tijdstip in de mediationovereenkomst wordt afgesproken.

Artikel 4 – Werkzaamheden mediator en procesbegeleiding

- 4.1 De werkzaamheden van de mediator betreffen de mediationbijeenkomsten, maar kunnen daarnaast werkzaamheden omvatten als verslaglegging, contacten met de partijen (schriftelijk of telefonisch), bestuderen van stukken, contacten met derden en het opstellen van overeenkomsten, één en ander vanaf de aanvang van de mediation.
- 4.2 De mediator bepaalt, na overleg met de partijen, de wijze waarop de mediation wordt gevoerd.
- 4.3 Het is de mediator toegestaan afzonderlijk en vertrouwelijk met de partijen te communiceren.
- 4.4 De partijen en de mediator spannen zich ervoor in om de mediation voortvarend te laten verlopen.

Artikel 5 – Vrijwilligheid

- 5.1 De mediation vindt plaats op basis van vrijwilligheid van de partijen. Elke partij, alsook de mediator, kan op elk moment de mediation beëindigen.
- 5.2 Tussentijdse afspraken binden partijen alleen voor zover zij die afspraken en het bindende karakter daarvan uitdrukkelijk vastleggen in een getekende overeenkomst. Zij zijn niet gebonden aan de stellingen en voorstellen die zij of de mediator tijdens de mediation hebben ingenomen of gedaan. De partijen zijn alleen gehouden aan dat wat in de in artikel 10.1 bedoelde en door hen getekende overeenkomst is vastgelegd.

Artikel 6 – Beslotenheid

- 6.1 Bij de mediation zijn geen andere personen betrokken dan de mediator en de partijen en/of hun vertegenwoordigers en adviseurs. Ingeval andere dan voornoemde personen bij de mediation worden betrokken, is toestemming van de partijen vereist. Indien de mediator dat wenst, kan hij zich bij de mediation secretariael laten bijstaan door een daartoe door hem aan te wijzen persoon. In elk geval draagt de mediator er zorg voor dat alle personen betrokken bij de mediation een geheimhoudingsverklaring ondertekenen.

- 6.2 Indien een partij zich tijdens de mediation laat vertegenwoordigen, dient de vertegenwoordiger bevoegd te zijn om alle (rechts)handelingen te verrichten die voor de mediation noodzakelijk zijn, waaronder het aangaan van een overeenkomst als bedoeld in artikel 10.1. Op verzoek van de mediator dient een schriftelijke volmacht te worden getoond waaruit de bevoegdheid van de vertegenwoordiger blijkt.

Artikel 7 – Geheimhouding

- 7.1 De partijen doen aan derden - onder wie begrepen rechters of arbiters - geen mededelingen omtrent het verloop van de mediation, de daar door de bij de mediation betrokken personen ingenomen standpunten, gedane voorstellen en de daarbij mondeling of schriftelijk, direct of indirect, verstrekte informatie.
- 7.2 De partijen verbinden zich om geen stukken aan derden - onder wie begrepen rechters of arbiters - bekend te maken, te citeren, aan te halen, te parafraseren of zich daarop anderszins te beroepen, indien deze stukken door een bij de mediation betrokkene tijdens of in verband met de mediation zijn geopenbaard, getoond, of anderszins bekend gemaakt. Deze verplichting geldt niet voor zover de desbetreffende betrokkene onafhankelijk van de mediation reeds over deze informatie beschikte of had kunnen beschikken.

Onder stukken als bedoeld in dit artikel wordt mede verstaan:

- de mediationovereenkomst;
- aantekeningen van partijen of de mediator in het kader van de mediation;
- verslagen;
- de in artikel 10.1 bedoelde overeenkomst, behoudens indien en voor zover partijen hebben afgesproken dat (de inhoud van) die overeenkomst, of een gedeelte daarvan, niet vertrouwelijk is;
- andere gegevensdragers zoals geluidsbanden, videobanden, foto's en digitale bestanden in welke vorm dan ook.

- 7.3 De artikelen 7.1 en 7.2 gelden ook voor de mediator.
- 7.4 De partijen doen hiermee afstand van het recht om, in rechte of anderszins, hetgeen tijdens de mediation is verstrekt en/of naar voren is gekomen als bewijs jegens elkaar aan te voeren en/of de MfN/SKM, (ex)bestuursleden van de MfN/SKM of bij de MfN/SKM werkzame of anderszins bij de MfN/SKM betrokken personen, elkaar, de mediator of andere bij de mediation betrokkenen, als getuige of anderszins te horen of te doen horen over informatie die is verstrekt en/of naar voren is gekomen tijdens of in verband met de mediation, dan wel over de inhoud van de overeenkomst als bedoeld in artikel 10.1, alles in de ruimste zin des woords. De partijen worden geacht daartoe een bewijsovereenkomst te hebben gesloten.
- 7.5 De mediator behandelt alle informatie die hem door één van de partijen buiten aanwezigheid van de andere partij wordt verstrekt vertrouwelijk, behoudens voor zover de betrokken partij uitdrukkelijk toestemming verleent om die informatie tijdens de mediation in te brengen.

- 7.6 Het bepaalde in de artikelen 7.1 t/m 7.5 geldt niet in het geval van:
- a. informatie omtrent strafrechtelijke gedragingen waarvoor een wettelijke meldplicht dan wel een wettelijk meldrecht bestaat.
 - b. informatie omtrent de dreiging van een misdrijf.
 - c. een klacht-, tucht- of aansprakelijkheidsprocedure tegen de mediator. In dat geval is de mediator ontslagen uit de voor hem geldende geheimhoudingsplicht voor zover nodig om zichzelf tegen de vorderingen te verweren en/of een beroep te doen op zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekering. De geheimhoudingsplicht vervalt voor alle betrokkenen voor zover nodig om de klacht te behandelen.
 - d. een verzoek van de certificerende instelling aan de mediator om geanonimiseerde informatie over te leggen ten blijke van praktijkvoering indien de certificerende instelling zich schriftelijk verbindt tot geheimhouding.
 - e. een verzoek van een door de SKM aangestelde peer reviewer aan de mediator om informatie te overleggen ten blijke van praktijkvoering indien de peer reviewer zich schriftelijk verbindt tot geheimhouding.

Artikel 8 – Einde mediation

- 8.1 De mediation eindigt:
- a. door een schriftelijke verklaring van de mediator aan de partijen dat de mediation eindigt;
of
 - b. door een schriftelijke verklaring van een partij aan de andere partij(en) en de mediator dat zij zich uit de mediation terugtrekt.
- 8.2 Beëindiging van de mediation laat de geheimhoudings- en betalingsverplichtingen van de partijen onder de mediationovereenkomst onverlet.

Artikel 9 – Andere procedures

- 9.1 Eventuele bij de aanvang van de mediation al aanhangige gerechtelijke, of aanverwante procedures over de kwestie of onderdelen daarvan - met uitzondering van maatregelen ter bewaring van rechten - worden door de partijen opgeschort voor de duur van de mediation.
- 9.2 De partijen zullen gedurende de duur van een mediation jegens elkaar geen procedures als bedoeld in artikel 9.1 aanhangig maken - met uitzondering van maatregelen ter bewaring van rechten.
- 9.3 Indien een partij een maatregel ter bewaring van rechten neemt, of een andere procedure als bedoeld in artikel 9.1 aanhangig maakt, is zij verplicht daarvan binnen 24 uur na het nemen, respectievelijk aanhangig maken ervan mededeling te doen aan de mediator en de andere partij(en).

Artikel 10 - Vastlegging van het resultaat van de mediation

- 10.1 De mediator draagt er zorg voor dat hetgeen de partijen zijn overeengekomen deugdelijk, al dan niet door of met behulp van een deskundige derde, in een overeenkomst wordt vastgelegd.

- Voor de inhoud van de overeenkomst zijn en blijven de partijen met uitsluiting van de mediator zelf verantwoordelijk. De partijen hebben het recht om zich door een externe deskundige te laten adviseren.
- 10.2 De mediator is niet aansprakelijk voor de inhoud van de door de partijen af te sluiten overeenkomst en de eventueel hieruit voortvloeiende schade.
- 10.3 De mediator draagt er zorg voor dat de partijen gezamenlijk en op schrift bepalen in hoeverre (de inhoud van) de af te sluiten overeenkomst vertrouwelijk is. In elk geval mag de inhoud van de afgesloten overeenkomst aan de rechter worden voorgelegd indien dat noodzakelijk is om nakoming daarvan te vorderen.

Artikel 11 - Beperking aansprakelijkheid

Iedere aansprakelijkheid van de mediator, ingeval van schade als gevolg van zijn handelen of nalaten in de mediation, is beperkt tot ten hoogste het bedrag dat in de desbetreffende verzekeringsovereenkomst wordt uitgekeerd door zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar, vermeerderd met het bedrag van het eigen risico dat krachtens die verzekeringsovereenkomst in het betreffende geval voor rekening van de mediator komt.

Artikel 12 – Gedragsregels en klachten

De mediator is gebonden aan de door het bestuur van de MfN vastgestelde Gedragsregels voor de MfN-registermediator en onderworpen aan de klachtenregeling van het MfN-register en tuchtrecht conform het Reglement Stichting Tuchtrechtspraak Mediators. Een partij kan binnen twaalf maanden na beëindiging van de mediation bij het MfN-register een klacht indienen conform de op dat moment van kracht zijnde Klachtenregeling MfN-register.

Artikel 13 - Niet voorziene gevallen

In de gevallen waarin het reglement niet voorziet, beslist de mediator. Hij handelt daarbij overeenkomstig de strekking van het reglement.

Artikel 14 - Wijziging van het reglement c.q. afwijken van het reglement

- 14.1 Indien en voor zover de partijen wensen af te wijken van het reglement kan dat alleen middels een schriftelijke overeenkomst met de uitdrukkelijke instemming van de mediator.
- 14.2 De MfN is te allen tijde bevoegd het reglement te wijzigen. Dergelijke wijzigingen hebben geen effect op mediations die op dat moment reeds worden gevoerd. Op dergelijke mediations zal uitsluitend het reglement van toepassing zijn zoals dat bij de aanvang van die mediations van kracht was.

Artikel 15 - Toepasselijk recht

Dit reglement wordt beheerst door Nederlands recht. Dit geldt ook voor de overeenkomst als bedoeld in artikel 10.1, behoudens voor zover partijen in die overeenkomst anders hebben bepaald.

